الذخيرة البرهانية

المسمى ذخيرة الفتاوى

في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي

محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة

المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هجرية)

تحقيق

د. أبو أحمد العادلي — إبراهيم محمد إبراهيم سليم

أسامة كمال عبيد — عربي إبراهيم عبد الله

فهيم السيد فهيم التحيوي — صابر يوسف طعيمة

الجزء التاسع

يحتوي على:

تتمة كتاب الوقف - الهبة - البيوع



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: الذخيرة البرهانيّة

Title: AḎ-ḎAḪĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهيم السيد فهيم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (15Vols./15Parts)	8208 (١٥ جزء/١٥ مجلد)	**عدد الصفحات**
Size	17 x 24 cm	**قياس الصفحات**
Year	2019 A.D. - 1440 H.	**سنة الطباعة**
Printed in	**Lebanon** / **لبنان**	**بلد الطباعة**
Edition	1st / **الأولى**	**الطبعة**

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah.com

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

[تتمة كتاب الوقف]

الفصل السادس[1] عشر

في الوقف في حال المرض

وفي الفتاوى الصغرى المرتبة: الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت متى[2] صح بالإجماع يعتبر من جميع المال، وإنه مشكل يخالف المذكور في الكتب، والمذكور في الكتب: إذا وقف الرجل أرضه في مرضه على الفقراء أو المساكين، فالوقف جائز من الثلث[3]؛ لأنه تبرع، والتبرع من المريض بمنزلة الوصية المضافة إلى ما بعد الموت فيعتبر من الثلث، كما لو أوصى بأن يوقف أرضه بعد وفاته فإنه يعتبر من الثلث كذا هاهنا.

(١) في م: الخامس.
(٢) في م: حتى.
(٣) الوقف في مرض الموت يخرج مخرج الوصية في حق نفوذه من الثلث، وهو إما أن يكون على غير وارث، وإما أن يكون على وارث. فإن كان على غير وارث كأن يقف على الفقراء، فإن كان ما وقفه لا يزيد على ثلث التركة صار الوقف لازما، ويعتبر في حكم الوصية في اعتباره من ثلث المال؛ لأنه تبرع في مرض الموت، وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة، وإذا كان الموقوف أكثر من ثلث مال الواقف توقف لزومه على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ الوقف، وإن لم يجزه الورثة نفذ في الثلث فقط، وبطل فيما زاد على الثلث؛ لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض فمنع التبرع بزيادة على الثلث، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. وإن كان الوقف على الورثة: فإن كان على بعضهم وكان الموقوف ثلث التركة فأقل صح الوقف، سواء أجاز بقية الورثة أو لم يجيزوا، وإن كان الموقوف أكثر من ثلث التركة توقف الزائد عن الثلث على إجازة بقية الورثة، وجاز وقف جميع التركة على جميع الورثة، ومن رد منهم اعتبر وارثا بمقدار نصيبه فرضا، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة، ولهم بعد ذلك تفصيل في قسمة الغلة، بيانه كالآتي: قال الحنفية: امرأة وقفت منزلا في مرضها على بناتها، ثم من بعدهن على أولادهن وأولاد أولادهن أبدا ما تناسلوا، فإذا انقرضوا فللفقراء، ثم ماتت من مرضها وخلفت بنتين وأختا لأب، والأخت لا ترضى بما صنعت ولا مال لها سوى المنزل جاز الوقف في الثلث ولم يجز في الثلثين، فيقسم الثلثان بين الورثة على قدر سهامهم، ويكون الثلث وقفا، وما خرج من غلته يقسم بين الورثة كلهم على قدر سهامهم مدة حياة البنتين، فإذا ماتتا صرفت الغلة إلى أولادهما وأولاد أولادهما كما شرطت الواقفة، لا حق للورثة في ذلك. قال ابن نجيم: والحاصل أن المريض إذا وقف على بعض ورثته ثم من بعدهم على أولادهم ثم على =

. . . .

= الفقراء، فإن أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفا واتبع الشرط وإلا (أي وإن لم يجز الوارث الآخر) كان الثلثان ملكا بين الورثة والثلث وقفا، مع أن الوصية للبعض لا تنفذ في شيء؛ لأنه لم يتمحض للوارث؛ لأنه بعده لغيره، فاعتبر الغير بالنظر إلى الثلث، واعتبر الوارث بالنظر إلى غلة الثلث الذي صار وقفا، فلا يتبع الشرط ما دام الوارث حيا، وإنما تقسم غلة هذا الثلث بين الورثة على فرائض الله تعالى، فإذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرطه في غلة الثلث. ولو وقف رجل في مرضه دارا له على ثلاث بنات له وليس له وارث غيرهن فالثلث من الدار وقف، والثلثان مطلق يصنعن بهما ما شئن، قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا لم يجزن، أما إذا أجزن صار الكل وقفا عليهم. وقال الحنابلة: لو وقف دارا لا يملك غيرها على ابنه وبنته بالسوية فردا، فثلثها وقف بينهما بالسوية ولا يحتاج لإجازة، وثلثاها ميراث، وإن رد الابن وحده فله ثلثا الثلثين إرثا، وللبنت ثلثهما وقفا، وإن ردت البنت وحدها فلها ثلث الثلثين إرثا وللابن نصفهما وقفا وسدسهما إرثا لرد الموقوف عليه. ولو وصى بوقف ثلثه على بعض الورثة صح مطلقا سواء أجاز ذلك باقي الورثة أو ردوه في الصحة أو في المرض نصا؛ لأنه لا يباع ولا يورث ولا يملك ملكا تاما لتعلق حق من يأتي من البطون به، وكذا لو وقف زائدا على الثلث فإنه ينفذ إن أجاز بقية الورثة، فإن لم يجيزوا لم ينفذ الزائد على الثلث ولو كان الوارث واحدا والوقف عليه بزائد على الثلث؛ لأنه يملك رده إذا كان على غيره، فكذا إذا كان على نفسه. وذهب المالكية إلى أن من وقف على وارثه بمرض موته بطل ولو حمله الثلث ولو حازه الموقوف عليه؛ لأنه كالوصية ولا وصية لوارث، إلا أن يجيزه له بقية الورثة، فإن أجازوه لم يبطل؛ لأنه ابتداء وقف منهم، واستثنى المالكية من أصلهم في عدم جواز الوقف على الوارث مسألة تعرف بمسألة ولد الأعيان، وهو أن يقف في مرض موته على أولاده لصلبه وأولاد أولاده وعقبهم، فإن هذا الوقف يصح، ولكن ما يخص الوارث يعتبر كالميراث في القسمة للذكر مثل حظ الأنثيين لا ميراثًا حقيقيًّا، فلا يتصرفون فيه تصرف الملك من بيع وهبة ونحو ذلك؛ لأنه بأيديهم وقف لا ملك، فلو كان له في هذا المثال ثلاثة أولاد لصلبه وأربعة أولاد أولاد، وترك مع ذلك أما وزوجة ولم يذكرهم في الوقف، فيقسم الوقف سبعة أسهم؛ لأن الوقف على أولاده الثلاثة وأولاد أولاده الأربعة، يخص أولاده الثلاثة ثلاثة أسهم ويشاركهم فيها الأم والزوجة وغيرهما ممن يرث، فيكون للأم السدس وللزوجة الثمن، وهذا من نصيب أولاده الثلاثة، ويكون الباقي لهم، ثم يكون لأولاد الأولاد أربعة أسهم يقسم بينهم حسب شرط الواقف من تفاضل وتسوية، وما خص أولاده الثلاثة يكون بينهم كالميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو شرط الواقف خلاف ذلك، ويدخل معهم في نصيبهم من له سهم من الورثة، ولكونه وقفا معقبا لم يبطل ما ناب الأولاد لتعلق حق غيرهم به، ولكونهم لا يصح الوقف عليهم في المرض شاركهم غيرهم من الورثة. ولو وقف على جميع الورثة وعلى أولاد أولاده وعقبهم، فإن الوقف يقسم على رءوس الجميع ابتداء، ثم يقسم ما ناب الورثة على فرائض الله تعالى، =

فإن كانت الأرض الموقوفة لا تخرج من الثلث، فإن لم يكن له مال آخر سوى هذه الأرض، يجوز الوقف في ثلث[١] الأرض، ويبطل [في الثلثين][٢] إلا أن يجيزه[٣] الورثة، وفرق بينه وبين العتق إذا لم يخرج العبد من الثلث، فإنه لا يرد بشيء[٤] من العبد إلى الرق، ولكن يسعى في الباقي؛ لأن العتق لا يمكنه فسخه ورفعه. بخلاف الوقف فإنه[٥] يمكن فسخه بعد ثبوته، فجاز أن يبطل في الباقي. وإذا جعل أرضه صدقة موقوفة لله تعالى أبدا على لده، وولد ولده، ونسله أبدا ما تناسلوا، ثم[٦] من بعدهم على المساكين، ولم يجز باقي الورثة، فإن كانت هذه الأرض تخرج من الثلث صارت موقوفة تستغل، ثم[٧] تقسم غلتها على جميع ورثته

= وما ناب أولاد الأولاد يقسم على حسب شرط الواقف. ولو لم يذكر الواقف عقبا كأن قال: وقف على أولادي وأولاد أولادي بطل الوقف على الأولاد وصح على أولاد الأولاد، فالتعقيب شرط في هذه المسألة، فتقسم ذات الوقف بين الأولاد وأولاد الأولاد، فما ناب الأولاد تكون ذاته إرثا، وما ناب أولاد الأولاد يكون وقفا.

وذهب الفقهاء إلى أنه لو وقف المريض مرض الموت المدين بدين محيط بماله نقض الوقف وبيع في دينه، وقد نقل ابن عابدين عن الفواكه البدرية أن الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الوقف في مرض الموت إلا بإجازة الدائنين، أما إذا كان الدين غير محيط بماله فإن الوقف يجوز في ثلث ما بقي بعد وفاء الدين لو كان ورثة ولم يجيزوا، فإن لم يكن له ورثة أو كان له ورثة وأجازوا جاز الوقف في كل ما بقي بعد وفاء الدين.

وقال ابن تيمية: من وقف وقفا مستقلا ثم ظهر عليه دين ولم يمكن وفاء الدين إلا ببيع شيء من الوقف وهو في مرض الموت بيع باتفاق العلماء.

ينظر: البحر الرائق (٥/ ٢١٠، ٢١١)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٣٦٢- ٣٦٣، ٣٩٤- ٣٩٥)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٧٨، ٨٢-٨٣، ٩١)، ومغني المحتاج (٢/ ١٤٨، ٣٧٧ و٣/ ٤٧، ٥٠)، وتحفة المحتاج (٦/ ٢٣٦)، والمغني (٥/ ٦٢٧)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٥٢٥، ٥٤١)، الاختيارات الفقهية، لابن تيمية ص (١٧٩).

(١) في م: تلك.
(٢) في م: الثلثان.
(٣) في أ: يجيز.
(٤) في م: شيء.
(٥) في م: لأنه.
(٦) في م: و.
(٧) في م: و.

على سهام الميراث، حتى إنه إذا كان له زوجة، وأولاد يعطى لها الثمن، ولو كان له أبوان، وأولاد [يعطى][(١)] لهما السدسان، ويقسم الباقي بين الأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه استثنى الغلة من الفقراء وجعلها لولده، والاستثناء صحيح.

أما الجعل للولد فغير صحيح؛ لأنه لا وصية للوارث إلا بإجازة باقي الورثة، [فإن كانت هذه الأرض تخرج من الثلث][(٢)] فكان استحقاق الغلة في حقهم بحكم الإرث[(٣)]، فتكون القسمة على سهام الميراث، وهذا إذا كان له أولاد لصلبه، ولم يكن معهم أولاد الأولاد، وإن كان معهم أولاد الأولاد، وباقي المسألة بحالها فإنه تقسم الغلة على عدد رؤوس الأولاد لصلبه، وعلى عدد رؤوس أولاد الأولاد فما[(٤)] أصاب أولاده[(٥)] لصلبه من ذلك قسم[(٦)] بين ورثته على فرائض الله - تعالى - على نحو ما بينا، وما أصاب أولاد الأولاد يقسم بينهم بالسوية؛ لأنه صح جعل الغلة لولد الولد؛ لأن الوصية لهم صحيحة، فيستحقون نصيبهم بحكم الوقف، وفي الوقف لا يفضل البعض على البعض، وإذا انقرض أولاد الصلب قسمت الغلة على أولاد أولاده ونسله، ولا يكون لزوجته، ولا أبويه من ذلك شيء؛ لأنهم يستحقون بحكم الوصية، والوقف لا بحكم الإرث، وإن كانت هذه الأرض لا تخرج من الثلث[(٧)]، فإن أجازت الورثة الوقف جاز، وتكون الغلة بينهم بالسوية لا يفضل الذكر على الأنثى؛ لأن في هذه الصورة صح جعل الغلة للأولاد؛ لأن الوصية للوارث صحيحة إذا أجاز باقي الورثة، فيستحقون الغلة في هذه الصورة بحكم الوقف، فيكون بينهم بالسوية؛ لأنه لا تفضيل في الوقف، ولا يكون للأبوين والزوجة من ذلك شيء؛ لأن

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: الأرض.
(٤) في م: فيما.
(٥) في م: أولاد.
(٦) في م: قسمت.
(٧) في أ: السدس.

الوصية وقعت للأولاد لا غير، فإن لم يجيزوا الوقف جاز [الوقف][١] من الثلث، فصار ثلث الرقبة وقفا للفقراء، وتقسم الغلة بين جملة الورثة على فرائض الله - تعالى -؛ لأن جعل الغلة للأولاد لم[٢] يصح هاهنا لما لم يجز للورثة[٣] الوقف، أما استثناء الغلة من الفقراء قد صح، [فيقسم الغلة بينهم بحكم الميراث][٤]، فيقسم على سهام الميراث، وهذا الذي ذكرنا قول هلال، والقاضي أبي بكر الخصاف، والفقيه أبي بكر الأعمش، والفقيه أبي بكر الإسكاف - رحمة الله عليهم -.

وقال محمد بن سلمة، ونصير بن يحيى: إذا لم يجيزوا الوقف كانت الغلة للفقراء.

ووجه ذلك: أن الأرض صارت وقفا للفقراء بالغلة تبع للأرض، إلا أنه آثر الولد والغلة، ولم يصح الإيثار؛ لعدم إجازة الورثة، فصار وجود هذا الإيثار، والعدم بمنزلة، فيكون للفقراء.

وقال[٥] ابن أحمد الفارسي[٦]، وأبو نصر [محمد][٧] بن سلام - رحمهم الله -: الغلة تكون للفقراء، [وإن أجازت][٨] الورثة الوقف؛ لأن إجازة الورثة [الوقف][٩] إنما تقبل في إبطال حقهم لا في إبطال حق الفقراء، وقد صارت الغلة حقا للفقراء تبعا للأرض، فلا تعمل إجازتهم في حقهم؛ ألا ترى أنه لو عدمت الإجازة كانت الغلة للفقراء فلا يبطل حقهم بإجازة الورثة، حتى إن من أوصى لرجل بثلث ماله،

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: لا.
(٣) في م: الورثة.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في م: على.
(٦) في م: الفاسي.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: وإلا جازت.
(٩) سقط في م.

وأوصى لوارثه مع ذلك، وأجازت الورثة، لا تعمل إجازتهم في حق الموصى له بالثلث، فكذا في حق الفقراء.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: إذا أجازوا ينبغي أن يكون ثلث الغلة للفقراء، والثلثان للأولاد؛ لأن قدر الثلث حق الفقراء تبعا للأرض، والباقي حق الورثة، فالإجازة فيما وراء الثلث لاقت[(١)] حق الورثة لا حق الفقراء فتعمل إجازتهم فيه ويكون ذلك للأولاد.

ولو وقف أرضه على قرابته، فإن كانت قرابته ورثة له فهذا وما لو كان الوقف على الولد سواء، وإن لم يكونوا ورثة جاز الوقف عليهم، ويستحقون الغلة بجهة الوقفية، وإن وقف على بعض ورثته دون البعض، فإذا[(٢)] أجازوا جاز؛ لما قلنا، وإن لم يجيزوا صارت الأرض وقفا للفقراء من الثلث، وتكون الغلة على قول هلال - رحمه الله - ومن تابعه للورثة على قدر مواريثهم، فإن مات الوارث الموقوف عليه، كانت الغلة للفقراء؛ لأن استثناء الغلة من الفقراء قد بطل بموت الموقوف عليه، فعادت الغلة إلى الفقراء تبعًا للأرض، فإن مات بعض ورثة الواقف إلا أن الوارث الموقوف عليه حي، فالغلة لجميع الورثة، ومن مات فنصيبه يصير ميراثا لورثة الواقف؛ لأن [الوارث][(٣)] الموقوف عليه [حي، والغلة لجميع الورثة ما داموا أحياء][(٤)]، فاستثناء الغلة من الفقراء صحيح، وبقيت[(٥)] الغلة على ملك الواقف، فيصير [ميراثا لجميع][(٦)] ورثته.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي، وولد ولدي، ونسلي، وآخره

---

(١) في م: لاحب.
(٢) في م: فإن.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: ما دام حيا.
(٥) في م: وبقية.
(٦) في م: بجميع.

للفقراء، أو[١] أوصى بذلك، [و][٢] الأرض تخرج من الثلث، فإن أجازوا قسمت الغلة بين الولد[٣] وولد الولد على عدد رؤوسهم، وإن لم يجيزوا قسمت الغلة على ولد الصلب، وعلى ولد الولد على عدد رؤوسهم، [ثم][٤] ما أصاب ولد الولد يقسم بينهم بالسوية، وما أصاب ولد الصلب فهو ميراث بين جميع الورثة؛ لما مر، فإن هلك بعض ولد الصلب، وبعض ولد الولد، وحدث بعض ولد الولد ننظر إلى عددهم يوم تحدث الغلة، ثم ما أصاب ولد الصلب يقسم على جميع ورثة الواقف يوم مات الواقف على قدر ميراثهم، ثم حصة الميت منهم تكون لورثته؛ لأن الاستحقاق في هذه الصورة في حق أولاد الصلب بحكم[٥] الميراث، فينظر إلى من كان حيا يوم مات الواقف، فإن انقرض ولد الصلب كلهم فالغلة لولد الولد والنسل، ولا شيء لسائر الورثة؛ لأن الاستحقاق في حق ولد الولد والنسل بحكم[٦] الوقف، ولا حصة لسائر الورثة من هذا الوقف.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على من احتاج من ولدي، ونسلي ما تناسلوا، وآخره للفقراء، فهو جائز من الثلث، فإن كانوا[٧] جميعا أغنياء فالغلة للفقراء، وإن كان [ولد][٨] الولد فقيرا، فالغلة له واحدا كان، أو اثنين، أو أكثر، وإن كان ولد الصلب فقيرا كانت الغلة بين جميع الورثة على فرائض الله - تعالى -، وإن كان بعض ولد الصلب فقيرا، وبعض ولد الولد فقيرا قسمت الغلة بينهم على عدد رؤوسهم، ثم حصة [ولد][٩] الصلب تكون ميراثا بين ورثة الواقف جملة،

(١) زاد في م: أرضي.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: الوارث.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: كحكم.
(٦) في م: كحكم.
(٧) في م: كان.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في م.

وحصة ولد الولد تكون له.

ولو وقف أرضه في مرض موته، وأوصى بوصايا قسم ثلث ماله بين الوقف وبين سائر الوصايا، فيضرب لأهل الوصايا بوصاياهم، ولأهل الوقف بقيمة هذه الأرض، فما أصاب أهل الوصايا أخذوه، وما أصاب قيمة الوقف أخرج من الأرض بذلك المقدار، وصار ذلك وقفا على من وقف عليهم، ولا يكون الوقف المنفذ أولى.

ولو كان مكان الوقف عتقا[١] في مرضه، فإن أعتق عبدا له في مرضه، وأوصى بوصايا، أو كان له مدبرون حتى عتقوا بموته، فإنه يبدأ بعتق من أعتق من عبيده، ويعتق من [كان][٢] مدبرا، فيخرج قيمتها من ثلثه، ويصرف ما بقي من الثلث إلى أصحاب الوصايا.

إذا قال في مرضه: أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء، أو أوصى بذلك بعد موته، والأرض لا تخرج من الثلث، [حتى جاز في ثلث الأرض، وبطل من الثلثين على ما مر، ثم ظهر للميت مال يخرج من الثلث][٣] بأن كان قيمة الأرض ألف درهم، فظهر للميت ألفا درهم، صار كل الأرض وقفا، وإن ظهر له ألف درهم، صار ثلثا الأرض وقفا، وبطل الثلث؛ لأنه ظهر أن ثلث ماله ثلثا[٤] الأرض، فإن كان القاضي حين أبطل الوقف في الثلثين [تصرف الورثة في الثلثين][٥] بالبيع أو بالهبة، ثم ظهر للميت مال:

ذكر هلال - رحمه الله - في وقفه: أن بيع الورثة جائز ولا ينقض[٦].

وهكذا ذكر الخصاف في وقفه، وعلل فقال: من قال[٧] إن القاضي أطلق لهم

---

(١) زاد في م: موقفا.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: ثلث.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: ينتقض.
(٧) في م: قبل.

هذين الثلثين وملكهم إياه، فكان تصرفهم بناء على الملك والإطلاق الشرعي، ولكن الورثة يغرمون قيمة الثلثين فيشترى بها أرضا أخرى، فتوقف[١]؛ لأنهم استهلكوا ذلك بتصرفهم فيضمنون.

وكان الفقيه أبو بكر الأعمش - رحمه الله - يقول: ينبغي أن ينقض[٢] بيع الورثة؛ لأنه إنما ينفذ بيعهم في الثلثين على تقدير أنه ملكهم، وأن الوقف منه لم يصح، وقد ظهر أن الوقف قد صح فيه.

واستشهد الخصاف - رحمه الله - في [وقفه][٣] الإيضاح قوله بمسألة الوصية فقال: ألا ترى أن رجلا لو أوصى بأرض لرجل، وليس له مال ظاهر غير هذه الأرض، وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ورفعوا إلى القاضي فرد القاضي الثلثين على الورثة، ثم إن الورثة باعوا ذلك، ثم ظهرت للميت مال يخرج كل الأرض من[٤] الثلث، فإنه لا يرد بيعهم، ويضمنون [الموصى له قيمة][٥] الأرض، كذا هاهنا.

هذا إذا ظهر للميت مال، ولو حصل للميت مال بأن قتل الواقف عمدا، ثم إن الورثة صالحوا القاتل على مال، لا ينتقض البيع بالاتفاق [لأنه تبين][٦] أن الملك لم يكن للورثة في الثلثين، ولو باع يعطى[٧] الورثة[٨]، فما لم يبع يعود وقفا، وما بيع[٩] يُشترى بقيمته أرض، [وتوقف][١٠] اعتبارا [للبعض بالكل][١١]، والله أعلم.

---

(١) في م: فيوف.
(٢) في م: ينتقض.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: في.
(٥) في م: ثلثي.
(٦) في م: إذا الاثنين.
(٧) في م: بعض.
(٨) زاد في م: دون.
(٩) في م: يبقى.
(١٠) في أ: ولو وقف.
(١١) في م: للنقض للكل.

الفصل السابع[١] عشر

في الرجل الذي يقف على قوم فلا يقبلون، أو يقبل بعضهم دون بعض أو يكون بعضهم حيًّا، وبعضهم ميّتًا

إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على عبد الله، فقال عبد الله: لا أقبل، فالوقف جائز، والغلة للفقراء، وقد ذكرنا غير مرة أن بقوله[٢]: أرضي صدقة موقوفة جعل الأرض للفقراء، وبقوله: على عبد الله جعلت[٣] له [حال] حياته بطريق الاستثناء عن حق الفقراء، فإذا لم يقبل عبد الله بطل حقه، وبطل الاستثناء، فبقيت[٤] الغلة للفقراء بأصل الوقف، ولو قال: صدقة موقوفة على ولد عبد الله، ونسله، فإذا أبى رجل [من][٥] ولد عبد الله أن يقبل، فالغلة لمن قبل منهم، ويجعل من لم يقبل بمنزلة الميت، هكذا ذكر هلال، والخصاف - رحمة الله عليهما -.

وذكر الخصاف بعد هذه المسألة مسألة تناقضها من حيث الظاهر.

ولو قال: على زيد وعمروا ما عاشا، ومن بعدهما على المساكين، فقال زيد: قبلت، وقال عمرو: لا أقبل، قال: لزيد نصف الغلة، والنصف الآخر للمساكين، وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن تكون[٦] الغلة لزيد.

ووجه التوفيق: أن في المسألة الأولى: سمى ولد عبد الله، واسم الولد يطلق[٧] على من قبل، فجاز أن يكون كل الغلة [له][٨]، وفي المسألة الثانية: سمى رجلين،

---

(١) في م: السادس.
(٢) في م: يقول.
(٣) في م: جعل.
(٤) في م: فتثبت.
(٥) سقط في م.
(٦) زاد في م: كل.
(٧) في م: ينطلق.
(٨) سقط في م.

واسم الرجلين لا يطلق[١] على الذي قبل.

قال هلال - رحمه الله - في وقفه عقيب المسألة التي ذكرها: فرق بين الوقف، وبين الوصية، فإن من أوصى بثلثه لولد عبد الله، فمات الوصي، وولد عبد الله أربعة فم يقبل واحد منهم، عادت حصته إلى ورثة الموصي.

قال بعض المشايخ[٢] - رحمهم الله -: ولا فرق بين المسألتين من حيث الحقيقة، واختلاف[٣] الجواب لاختلاف الموضوع، فوضع المسألة في الوصية فيما [إذا][٤] رد واحد منهم بعد موت الموصي[٥] وجب الحق لهم؛ لما عرف أن وجوب الحق لهم في باب الوصية يوم موت الموصي، فيعمل رد الراد ويبطل حقه، وتعود حصته إلى الورثة[٦]، ومسألة الوقف محمولة فيما إذا رد واحد منهم قبل حدوث الغلة وقبل حدوث الغلة حق الموقوف عليه غير ثابت، وإنما يثبت بعد حدوث الغلة، ولا يعمل رد من رد، بل يجعل كالميت فتكون الغلة للباقي، فهذا القائل يقول: لو رد بعد حدوث الغلة تكون حصته للفقراء، كما في الوصية لو رد بعد موت الموصي تكون حصته للورثة، وهذا القائل يقول: لو رد أحد الموصى[٧] لهم الوصية قبل [موت][٨] الموصي لا يعمل رده ولا يكون حصته للورثة[٩]، كما في الوقف إذا رد قبل [حدوث الغلة، فإذًا على قول هذا القائل لا فرق بين الوصية والوقف، ومن المشايخ - رحمة الله عليهم - من فرق بين الوصية، وبين الوقف فقال في الوقف:

---

(١) في م: ينطلق.
(٢) في م: مشايخنا.
(٣) في م: وإنما اختلف.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في م: وبعد موت الموصى.
(٦) في م: ورثته.
(٧) في م: المولى.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: للموصى رثة.

إن رد بعد][١] حدوث الغلة[٢] للذي قبل بكمالها بخلاف الوصية، والفرق ما ذكرنا من وجه التوفيق.

ولو قال: صدقة موقوفة على ولد عبد الله ونسله، فلم يقبلوا جميعا كانت الغلة للفقراء، ولو حدث له ولد بعد ذلك، وقبل كانت له؛ لأن رد من رد لا يعمل في حقه، واسم الولد يقع عليه، فتكون [الغلة][٣] له، فإن أخذ الغلة سنة، ثم قال: لا أقبل، [ليس][٤] له ذلك، ولا يعمل رده.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: [هذا][٥] الجواب صحيح في حق الغلة المأخوذة؛ لأنها صارت ملكا له فلا يملك رده، فأما الغلة التي تحدث بعد هذا فلا ملك له فيها، إنما الثابت فيها مجرد الحق، ومجرد الحق يقبل[٦].

وإن قال: أقبل سنة، ولا أقبل سواها[٧]، فهو كما قال، وعمل قبوله في تلك السنة وحدها.

وكذلك إن قال: لا أقبل سنة، وأقبل فيما سوى ذلك، فهو كما قال، ويكون بمنزلة الوصية بالأعيان إذا قبلها في البعض دون البعض.

❊ ❊ ❊

(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: كانت الغلة.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) زاد في م: الحد.
(٧) في م: فيما سوى ذلك.

الفصل الثامن[(١)] عشر
في المسائل التي تتعلق بالصَّكِّ، وبما فيه

سئل شيخ الإسلام - رحمه الله - عن ذكر وقف كان فيه: وقف فلان كذا على مواليه ومدرس ومدرسة معلومة، وكان فيه بيان المقادير، وشرائط الصحة، وجعل آخره للفقراء فأجاب [عنه: أنه][(٢)] غير صحيح؛ لأنه ذكر الموالي مطلقا، ولم يبين الأعلى، ولا الأسفل وكذا[(٣)] لم يبين التركي، والهندي، والرومي.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: سئل الفقيه أبو بكر[(٤)] عن رجل وقف ضيعة له وكتب صكًّا، وأشهد الشهود على ما في الصَّك، ثم قال الواقف: إني وقفت على أن يكون بيعي فيه جائزا، وإني لم أعلم أن الكاتب لم يكتب ذلك، ولم أعلم ما في الكتاب.

قال: إذا كان الواقف رجلا فصيحا يحسن العربية، وقرئ عليه الصَّك، وكتب في الصَّك وقف صحيح، وأقر بجميع ما فيه، لا يقبل قوله[(٥)]، والوقف صحيح، وإذا كان الواقف أعجميا لا يعرف العربية، فإن شهد الشهود أنه قرئ عليه بالفارسية، فأقر بجميع ما فيه لا يقبل قوله أيضًا، وإن لم يشهدوا بذلك، قبل قوله، وإذا عرفت هذا في صَّك الوقف فكذلك في صَّك البيع، والإجارة إذا قال البائع، والآجر: ما علمت المكتوب في الصَّك.

وفيه أيضًا: سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن امرأة قال لها جيرانها: اجعلي هذه الدار وقفا على المسجد على أنك متى احتجت إلى بيعها [تبيعيها][(٦)]،

---

(١) في م: السابع.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: إذا.
(٤) في م: جعفر.
(٥) في م: فيه.
(٦) سقط في م.

فأجابت، وكتبوا صكًّا بغير هذا الشرط، وقالوا: قد فعلنا، وأشهدت عليه[١].

قال: إن قرئ الصَّك عليها بالفارسية وهي تسمع، وأشهدت على ذلك، صارت الدار وقفا، وإن لم يقرأ عليها، لا تصير الدار وقفا؛ لأنها إنما رضيت بالوقف بشرط البيع، وذلك باطل.

وما ذكر من الجواب في المسألتين إنما يتأتى على قول محمد - رحمه الله-؛ لأن على قول محمد: باطل، أما لا يتأتى على قول أبي يوسف: الوقف بشرط أن يبيع صحيح، وقد ذكرنا[٢] المسألة في فصل الشرط[٣].

وسئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عن رجل وقف ضيعة له، وكتب بذلك صكًّا، وأخطأ الكاتب في [حدين، فكتب][٤] حدين كما كان، وكتب حدين بخلاف ذلك.

قال: إن [كان اللذان][٥] غلط في ذكرهما يوجد في ذلك الموضع لكن بين ذلك الحدين، وبين هذه الضيعة الموقوفة: أرض، أو كرم، أو [دار للغير][٦] جاز هذا الوقف، ولا يدخل ملك الغير في الوقف؛ لأنه وقف ملكه وملك غيره فيصح[٧] وقف ملكه، ولم يصح وقف ملك غيره، وإن كان الحدان اللذان غلط في ذكرهما لا يوجدان[٨] في ذلك الموضع أصلا ولا بالبعد منه، فالوقف باطل، إلا إذا كانت الضيعة مشهورة مستغنية عن التحديد لشهرتها، فحينئذ يجوز الوقف.

---

(١) في م: عليها.
(٢) زاد في م: في.
(٣) في م: الشروط.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: إن للذان.
(٦) في م: ذكر بغير هذا الوقف.
(٧) زاد في م: به.
(٨) في م: يوجد.

وسئل أبو نصر - رحمه الله - عمن أراد أن يقف جميع ماله من الضياع في قرية كذا، وأمر بكتابة الصَّك في مرضه، فنسي الكاتب أن يكتب بعض أقرحة[١] من الأرض، والكرم، ثم قرأ الصَّك على الواقف، فكان في الصك: أن فلانا وقف ماله من الضياع في هذه القرية، وهو كذا وكذا قراحًا[٢] على وجه كذا، وبين الحدود، ولم يقرأ عليه القراح[٣] الذي نسي الكاتب، لم يصر ذلك وقفا إلا إذا أخبر الواقف أنه أراد بذلك جميع ماله المذكور، وغير المذكور، وذلك معلوم، فحينئذ يصير الكل وقفا.

وفي مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام عن صك المتولي، والوصي إذا لم يذكر فيه جهة وصايته، وجهة توليته أنه لا يصح الصك؛ لأن الوصي قد يكون وصي الأب وقد يكون وصي الأم، وقد يكون وصي القاضي، وأحكامهم مختلفة[٤]، وإن كتب أنه وصي من جهة الحاكم، [و][٥] متول من جهة الحاكم ولم يسم القاضي الذي ولاه، جاز؛ [لأنه][٦] صارت جهة توليته معلومة، وكذلك إذا كتب أنه وصي من جهة الحاكم.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: على هذا القياس إذا احتيج إلى كتابة القضاء في المجتهدات نحو: الوقف، وإجازة[٧] المشاع، ونحو ذلك، فكتب وقضى بصحته وجوازه قاض من قضاة المسلمين، ولم يسم ذلك القاضي، جاز، وإن لم يكن قضى بذلك قاض، والكاتب لذلك لا يشك أنه يكون كذبا، ولكن لا

---

(١) في م: أفرحة.
(٢) في م: أفراجا.
(٣) في م: الفراج.
(٤) في م: يختلف.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: و.
(٧) في م: وإجارة.

بأس به، فقد ذكر محمد - رحمه الله - في آخر كتاب الوقف ما يدل عليه فإنه ذكر: إذا خاف الواقف أن يبطله قاض فإنه يكتب في كتاب الوقف أنه قضى به قاض؛ وهذا لأن التصرف صحيح، ولكن يبطل بقضاء القاضي ببطلانه، والكاتب[١] بهذه الكتابة يمنع القاضي عن الإبطال، فلا يكون به بأسًا.

وذكر الخصاف في أدب القاضي في باب الشهادة على الحقوق: ولو أن شاهدين شهدا عند القاضي لرجل فقالا: نشهد أن قاضيا من القضاة شهد[٢] أنه قضى لهذا الرجل على هذا الرجل بألف درهم، أو بحق من الحقوق، وسموه، يعني سموا ذلك الحق، وقالا: نشهد أن قاضي الكوفة أشهدنا بذلك، ولم يسموا القاضي، لم ينفذ القاضي الشهادة حتى يسموا القاضي الذي حكم وينسبوه؛ لأن القضاء عقد من العقود فلابد من تسمية العاقد لإثباته.

قال الخصاف - رحمه الله -: وليس هذا في [هذا] الموضع وحده، بل في جميع الأفاعيل إذا شهدوا على فعل، ولم يسموا الفاعل، لا تقبل الشهادة.

واختلف المشايخ فيما إذا شهد الشهود على أن هذا وقف على كذا، ولم ينسبوا[٣] الواقف هل تقبل هذه الشهادة؟

بعضهم قالوا: تقبل[٤]، وإليه أشار الخصاف - رحمه الله - في كتابه، وصورة ما ذكر الخصاف: إذا قال القاضي المعزول: هذا وقف كذا وصدقه ذو اليد، أنفذه المولَّى، ولا يسأل المولَّى[٥] المعزول من وقفها.

وبعضهم قالوا: لا يقبل هذه الشهادة؛ لأن الوقف على أصل أبي حنيفة - رحمه الله - حبس العين على ملك المالك، والتصدق بالغلة المعدومة، وإذا شهد الشهود بالوقف فقد شهدوا بملك الواقف، فلابد من ذكره لتمكن إثبات الملك له؛ لأن

---

(١) في م: والقاضي.
(٢) في م: أشهد.
(٣) زاد في م: إلى.
(٤) زاد في أ: قالوا.
(٥) زاد في م: عن.

إثبات الملك المجهول متعذر، وهذا القائل يقول: ما ذكر الخصاف في أدب القاضي لا يصلح دليلا، وهذا لأن القاضي المولَّى لو لم يقبل قول القاضي المعزول أن هذا وقف وسأله عن الواقف ربما يؤدي إلى بطلان الوقف؛ لأن[١] القاضي المعزول لو قال: وقفها فلان، وجحد ورثة فلان الوقفية يحتاج إلى إثبات الوقفية، وإنما اكتفي بالإجمال [ثمَّة][٢] لهذه الضرورة، وهذه الضرورة معدومة في حق الشهادة.

وقد رأيت في حدود الأصل عن محمد - رحمه الله - أن تسمية الفاعل شرط لقبول[٣] الشهادة، فيتأمل عند الفتوى.

في فتاوى أهل سمرقند: استأجر رجل من متولي الوقف أرضا هي وقف على أرباب معلومين، وكتب في الصك: استأجر فلان بن فلان من[٤] فلان [بن فلان][٥] المتولي في الأوقاف المنسوبة إلى فلان المعروف بكذا، ولم يكتب [اسم أبي][٦] الواقف وجده، ولم يعرف، جاز؛ لأنه لو كتب: من [فلان بن][٧] فلان المتولي في كذا، وهو وقف على أرباب معلومين، جاز، وإن لم يذكر الواقف[٨]، فهذا أحق.

وسئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عمن في يديه[٩] ضيعة فجاء رجل، وادعى أنها وقف، وجاء بصك فيه خطوط عدول وحكام قد انقرضوا، وطلب من الحاكم القضاء، قال: لا يعتمد الحاكم على الخطوط، ولا ينبغي له أن يحكم بذلك، وكذلك لو كان لوح مضروب على باب دار ينطق بالوقف، لا يحكم[١٠] به ما لم يشهد الشهود بالوقف، والله أعلم.

---

(١) في م: فإن.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: القبول.
(٤) في م: بن.
(٥) في م: الفلاني.
(٦) في م: أبا.
(٧) في م: ابن.
(٨) في أ: الوقف.
(٩) في م: يده.
(١٠) في م: يقضي.

الفصل التاسع[١] عشر

في المسائل التي تتعلق بالدعاوى، والخصومات والشهادات في الوقف

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه في المسائل التي تعود إلى الاستيلاء على الوقف:

قال الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا أنكر والي[٢] الوقف، [أو][٣] قيم الوقف، فهو غاصب، ويخرج من يده، وإن نقص[٤] منها بعد الجحود، فهو ضامن، ذكر الضمان من غير خلاف.

وبعض مشايخنا قالوا: [على هذا][٥] قول من يرى ضمان العقار بالغصب، وهو قول محمد - رحمه الله -، وأبو يوسف أولًا، وبه أخذ الخصاف، وهلال بن يحيى.

ومنهم من قال: هذا قول الكل؛ لأن أبا حنيفة، وأبا يوسف - رحمهما الله - [آخرًا كانا][٦] لا يريان ضمان العقار بالغصب[٧] ويريان ضمانه بالجحود.

وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصلح: أن في المبسوط، والنوادر في وجوب ضمان العقار بالجحود عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - روايتان، وكذا إن غصبها رجل أجنبي من القيم، [أو من الواقف][٨]، ثم ردها، وقد انتقصت، ضمن النقصان، وهذا قول محمد - رحمه

(١) في م: الثامن.
(٢) في م: ولي.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: قبض.
(٥) في م: هذا على.
(٦) في م: أولى أن كان.
(٧) زاد في أ: وهو قول محمد رحمه الله.
(٨) سقط في م.

الله -، وأبي يوسف أولًا، ولا يفرق ذلك على أهل الوقف، يعنى ما أخذ الغاصب من ضمان النقصان لا يصرف إلى الموقوف عليهم، وإنما يصرف إلى مرمته؛ لأن حقهم في الغلة لا في الرقبه، وهذا الضمان بدل الرقبة، وإذا زاد الغاصب فيها زيادة من عند نفسه، فإن كان [شيئا هو][١] ليس بمال، ولا له حكم المال، فإن القيم يأخذها [بلا][٢] شيء، فإن كان مالا قائما نحو: الأغراس، والبناء، أمر الغاصب برفع البناء وقلع الأشجار، إلا إذا كان يضر بالوقف بأن كان يخرب الأرض بقلع الأشجار، أو[٣] يخرب بناء الوقف[٤] بسبب رفع بنائه، فحينئذ لا يؤمر الغاصب به، بل يمنع عنه لو أراد أن يفعل ذلك، ويضمن القيم قيمته من الوقف، فإن كانت عنده غلة فيها كفاية أدى من ذلك، وإن لم يكن يؤاجر الوقف، ويؤدي من أجرته، وإن[٥] أراد الغاصب قطع الأشجار من أقصى موضع لا يخرب الأرض، كان له ذلك؛ لأنه يقبض ملك نفسه، ولا يضر بغيره، ثم يضمن [القيم][٦] له [قيمة][٧] ما بقي في الأرض إن كانت [له قيمة][٨]، وإن كان الوقف أرضا فكرَّبَها الغاصب، وحفر أنهارها لا يرجع بشيء من ذلك.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: وإن غصب الأرض الموقوفة رجل وقيمتها ألف درهم، ثم غصبها من الغاصب رجل آخر بعد ما صارت قيمتها ألفي درهم، فالقيم لا يتبع الغاصب الأول، وإنما يتبع الثاني إذا كان الثاني مليًّا، يريد[٩]:

---

(١) في م: هو شيئا.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: ولو.
(٤) في م: الواقف.
(٥) في م: وأنه.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: قيمته.
(٩) زاد في م: به.

إذا غصبها رجل آخر من الغاصب الثاني، وتعذر استردادها من [يد](١) الثالث، والوقف يفارق الملك في هذا(٢)؛ لأن اتباع الثاني أنفع في حق الوقف، ويختار في الوقف ما هو أنفع وأصلح للوقف، وإذا كان الأول أملأ من الثاني يتبع الأول؛ لأن اتباع(٣) الأول أنفع؛ لأنه يصل إلى المال في الحال.

وإذا اتبع القيم أحدهما بالضمان برئ الآخر كما في الملك وإذا أخذ القيمة من أحدهما يشتري بها أرضا أخرى فنفقتها مكانها، وإن أخذ القيمة من أحدهما ثم ردت عليه الأرض، رد القيم، وكانت الأرض وقفا على حالها، وليس للغاصب حبسها إلى أن تصل إليه القيمة.

فالأصل: أن [ما](٤) لا يجوز رهنه لا يحبس بالدين؛ ألا ترى أن من غصب مدبرا، وأبق من يده، وضمن قيمته للمالك، ثم عاد من الإباق رد الغاصب المدبر على المالك، واسترد منه القيمة، وليس للغاصب أن يحبس المدبر بالقيمة، بخلاف ما إذا كان المغصوب قنًّا، وأبق من يد الغاصب، وأخذ المالك الضمان برغم الغاصب، ثم عاد من الإباق حتى كان للمالك(٥) أن يرد القيمة، ويأخذ المغصوب كان للغاصب أن يحبسه إلى أن [تصل إليه](٦) القيمة، وإن ضاعت القيمة من يد القيم قبل أن يشتري بها أرضا أخرى، ثم ردت أرض(٧) الوقف عليه، كانت وقفا على ما كانت، وضمن القيم [القيمة](٨) التي أخذها من مال نفسه، ثم رجع القيم بذلك على غلات الوقف استحسانا؛ لأن القيم كان عاملا لأرباب الوقف في أخذ القيمة، فما(٩)

(١) سقط في م.
(٢) زاد في أ: أو إنما كان هكذا.
(٣) في م: بياع.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: المالك.
(٦) في م: يستوفي.
(٧) في م: الأرض.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: فيما.

لحقه من الضمان بسبب ذلك يكون على أرباب الوقف كما في الوكيل بالبيع إذا باع وقبض الثمن، و[١] هلك الثمن في يده ثم هلك المبيع[٢] قبل التسليم حتى انفسخ البيع وضمن الوكيل الثمن للمشتري، يرجع بما ضمن على الموكل، كذا هاهنا، ولكن يرجع في غلة الوقف، ولا يرجع على الموقوف عليهم في أموالهم سوى غلة الوقف؛ لأنه إنما جعل أمينا في غلة الوقف لا في سائر أموالهم، وهو نظير المزارع إذا غاب فأنفق رب الأرض على الزرع في سقيه، وما يحتاج إليه، يرجع بذلك في نصيب المزارع [لا في][٣] سائر أمواله، كذا هاهنا.

ولو كان القيم حين أخذ القيمة اشترى بها أرضًا أخرى للوقف، ثم ردت الأرض الأولى عليه، كانت وقفًا على حالها، وتخرج[٤] الأرض الأخرى[٥] عن الوقفية، وكان للقيم أن يبيعها ويوفي من ثمنها القيمة التي قبضها، فإذا[٦] كان فيها نقصان كان ذلك على القيم في ماله، ولا يرجع بذلك في غلات الوقف قياسًا واستحسانًا، بخلاف ما تقدم؛ لأن في هذا الفصل لما عادت الأرض الأولى إليه وقفًا، ظهر أن القيم اشترى الأرض الأخرى لنفسه، وقد نقد القيمة في ثمن ما اشترى لنفسه، فصار مستهلكًا القيمة في منفعة نفسه، ولا يرجع بنقصان ذلك في غلة [الوقف][٧].

ولو كان الواقف شرط الاستبدال بها، فباعها القيم، وقبض الثمن فضاع عنده، ثم ردت [الأرض][٨] الأولى عليه[٩] بقضاء قاض، ضمن القيم الثمن من مال نفسه، ثم

---

(١) في م: ولو.
(٢) المبيع: هو المحل الأصلي للبيع، وهو يتعين بالتعيين، ويدخل في ملك المشتري بمقتضى العقد، ومن ثمَّ يلزم البائع أن يسلمه كما رآه المشتري.
(٣) في م: لأن.
(٤) في م: وخرجت.
(٥) في م: الأولى.
(٦) في م: فإن.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) زاد في م: بعيب.

يبيع أرض[١] الوقف التي ردت عليه بالثمن الذي غرم؛ لأن الواقف شرط بيعها عند العذر، وهذا عذر حيث غرم بسببه، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك القيم عاجز عن بيعها؛ لأنها وقف لم يشترط بيعها والاستبدال بها، وإذا غصب الدار الموقوفة، والأرض الموقوفة فهدم بناء الدار، وقلع الأشجار، كان للقيم أن يضمنه قيمة الأشجار، والنخيل والبناء إذا لم يقدر الغاصب على ردها، ويضمن قيمة البناء مبنيًّا، وقيمة الأشجار والنخيل قائمًا في الأرض؛ لأن الغصب ورد هكذا، فإن ضمن الغاصب قيمة ذلك، ثم ظهرت[٢] الدار، والأرض، والنقص، والأشجار، ومعنى قوله: ظهرت[٣] الدار قدر الغاصب على رد الدار، والنقص والأشجار، فالغاصب يرد العرصة على الوقف، وأما النقص، [والأشجار فيكونا][٤] للغاصب، ويرد القيم على الغاصب حصة العرصة؛ وهذا لأن العرصة ليست بمحل للنقل من ملك إلى ملك فلا يملكها الغاصب بالضمان، وأما البناء والأشجار، فإنما لم تكن محلاً للنقل تبعًا للأرض، وقد زالت التبعية، فعادت محلاً للنقل، فيملكها بالضمان؛ ألا ترى أن البناء لو انهدم، ولم يصلح النقض للعمارة كان للقيم أن يبيع [ثمة][٥] النقض ممن رأى بيعه، كذا هاهنا، ولو كان في أرض الوقف نخيل، وأشجار استغلها الغاصب سنين، يعني الأشجار والنخيل، ثم أراد رد الأرض والنخيل والأشجار، رد الغلة [معها][٦] إن كانت قائمة بعينها، وإن كانت مستهلكة ضمن مثلها، وليس هذا كالزرع؛ لأن الزرع ملكه بخلاف غلة النخيل والأشجار، وعليه نقصان الأرض.

[وما أخذ من الغاصب من بدل الغلة يصرف في الوجوه التي سلبها][٧]، وما أخذ

---

(١) في م: الأرض.
(٢) في م: ظهر.
(٣) في م: ظهور.
(٤) في م: والشجر فيكون.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

من نقصان الأرض يصرف في عمارتها.

غصب أرض الوقف، وفيها نخيل أشجار، فقلع [آخر](١) الأشجار والنخيل [وهي في](٢) يد الغاصب، فالقيم بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة الأشجار والنخيل قائمًا في الأرض، وإن شاء ضمن القالع ذلك، فإن ضمن الغاصب رجع بذلك على القالع، وإن ضمن القالع لم يرجع بذلك على الغاصب، فإن لم يضمن القيم أحدهما حتى ضمن الغاصب القالع، وأخذ قيمة ما قلع، فجاء القيم وأراد تضمين القالع ليس له ذلك؛ لأن القالع رد القيمة على الذي كانت الأشجار في يده يوم قلعها.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل وقف ضيعة فغصبها منه إنسان، وأقام الواقف البينة، قبلت بينته، وردت الضيعة عليه بالاتفاق، أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -؛ فلأنه لا يقول بصحة الوقف إلا إذا كان موصى به، أو مضافًا إلى ما بعد الموت، ولم يوجد، فبقيت على ملكه [فيرد عليه](٣).

[وأما على قول محمد - رحمه الله-؛ فلأن عنده إنما يصح الوقف إذا خرج عن يده، وسلم إلى المتولي، ولم يوجد فبقيت على ملكه](٤)، وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله-؛ فلأن الوقف عنده صحيح، وإن لم يخرجه من يده، وهو أولى بإصلاحها والتولية(٥) فيها.

وفيه أيضًا: وقف على نفر استولى عليه ظالم، ولم(٦) يمكن انتزاعه(٧) من يده،

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: من.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: وللتولية.
(٦) في م: ولا.
(٧) في م: إيداعه.

فادعى بعض الموقوف عليهم على واحد منهم أنه باع لهذا[١] الظالم، وسلمه إليه، وهو منكر، وأرادوا[٢] تحليف المدعى عليه، فلهم ذلك؛ لأنهم ادعوا عليه معنى لو أقر به يلزمه[٣]، فإذا أنكر يستحلف[٤] رجاء النكول[٥]، فإن نكل قضي عليه بقيمتها، وكذلك إذا قامت لهم بينة، وهو قول أبي يوسف، ومحمد - رحمهما الله -، والفتوى في غصب العقار الموقوف[٦] على الضمان نظرًا للوقف [كما في الفتوى في غصب منافع الوقف على الضمان نظرًا للوقف][٧].

وظن بعض مشايخنا[٨] أن هذه المسألة دليل على أن دعوى الموقوف عليه أن هذا وقف عليه صحيح، وليس الأمر كما ظنوا[٩]، وهذه المسألة لا تصلح[١٠] دليلا؛ لأن الدعوى هاهنا ما وقعت[١١] في الوقفية، إنما وقعت[١٢] في [غصب الوقف][١٣] وإتلافه.

(١) في م: من.
(٢) في م: وأراد.
(٣) في م: لزمه.
(٤) في م: استحلف.
(٥) النكول في اللغة تأتي بمعني الامتناع ومنه النكول في اليمين وهو الامتناع منها وترك الإقدام عليها يقال: نكل عن اليمين إذا امتنع منها. ينظر: لسان العرب (١١/ ٦٧٧، ٦٧٨)، والمصباح المنير، ص (٢٣٩).
وفي الاصطلاح: استنكاف «امتناع» الخصم عن حلف اليمين الموجهة عليه من القاضي. ينظر: المدخل الفقهي العام، لمصطفي أحمد الزرقا (٢/ ١٠٦٥).
(٦) في م: الموقوفة.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: مشايخ ديارنا.
(٩) في م: يظنوا.
(١٠) في أ: تصح.
(١١) في م: ترفع.
(١٢) في م: رفع.
(١٣) في م: وقف غصب.

نوع منه في المسائل[١] التي تعود [إلى][٢] الدعوى في الوقف:

رجل باع أرضًا، ثم قال: إني كنت وقفتها، أو قال: هي وقف عليّ، فإن لم يكن له بينة، وأراد تحليف المدعى عليه، ليس له أن يحلفه؛ لأن التحليف مرتب على دعوى صحيحة، والدعوى هاهنا لم تصح؛ لمكان التناقض، فإن أقام البينة:

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: قبلت [البينة][٣]، وينتقض البيع؛ لأن أكثر ما فيه أن الدعوى [إن][٤] لم تصح بقيت الشهادة بلا دعوى؛ لأن الشهادة على الوقف مقبولة من غير دعوى كالشهادة على عتق الأمة، وبه أخذ الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته، [وبه][٥] قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -، وقال بعض الناس: لا تقبل البينة، ولكنا لا نأخذ به، فقد ذكر: أن الشهادة [غير][٦] صحيحة بدون الدعوى مطلقًا، وهذا الجواب على الإطلاق غير صحيح، وإنما الصحيح أن كل وقف هو حق لله - تعالى -، فالشهادة عليه صحيحة بدون الدعوى، وكل وقف هو حق العباد، فالشهادة عليه لا تصح بدون الدعوى.

في فتاوى النسفي - رحمه الله -: ادعى مشتري الأرض على بائعه أن هذه الأرض وقف وقد بعتها مني أيها البائع بغير حقي، قال: ليست له هذه المخاصمة، إنما ذلك للمتولي، فإن لم يكن ثمة متول، فالقاضي ينصب متوليًا، فيخاصمه، ويثبت الوقفية، فإن أثبت ذلك ظهر بطلان البيع، فيسترد المشتري الثمن من بائعه.

وفيه أيضًا: إذا ادعى رجل ضيعة في يد رجل أنها وقف لم تسمع الدعوى منه، وإنما يسمع من المتولي؛ وهذا لأن الموقوف عليه مصرف الغلة، ولا حق له في

---

(١) في م: مسائل.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: على الوقف.

الرقبة، [فلا يصح منه الدعوى الوقفية][(١)].

وأشار الخصاف - رحمه الله - في وقفه في مسائل [إلى][(٢)] أن دعواه صحيحة، فمن جملة تلك[(٣)] المسائل قال: إذا كانت الأرض في يد غاصب أقام أهل الوقف بينة أن فلانًا وقفها عليهم، وأنه مات وهو مالكها لم أقض بأنها وقف، وإنما أقضي بأنها ملك، علل فقال: لأنه[(٤)] يجوز أنه ملكها بعدما ما وقفها [لا بعلة][(٥)] [إذ يجوز أنه وقفها ولم يكن يملكها، علل بهذه العلة لبيان أنه وقفها، فلا يقضى بأنها وقف][(٦)]؛ لأنه ليست له ولاية الدعوى[(٧)].

ومن جملة ذلك [قال][(٨)]: قوم ادعوا أرضًا في يدي[(٩)] رجل، وقالوا: وقفها فلان علينا، والذي في يديه يقول: الأرض لي، فأقاموا البينة أن فلانًا وقف هذه الأرض عليهم، لا يستحقون بهذه البينة شيئًا، وعلل فقال: إن الإنسان قد يقف ما لا يملكه[(١٠)]، ولم يقل: لأنه ادعى ما ليس له أن يدعي، وكذلك أقاموا بينة أنه وقف علينا ومن بعدنا على المساكين، وكان في يده يوم وقفها، لا يستحقون [بذلك][(١١)] شيئا، وكذلك لو شهد الشهود أنه أقر عندنا، وأشهدنا على نفسه أنه وقف هذه الأرض وقفًا صحيحًا، وأنها كانت في يده حتى مات، فالقاضي لا يقضي بالوقف،

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: ذلك.
(٤) في م: لا.
(٥) في م: لا يعلمه.
(٦) سقط في أ.
(٧) في م: الدعوة. وينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ١٩٧).
(٨) سقط في م.
(٩) في م: يد.
(١٠) في م: يملك.
(١١) سقط في م.

ولو شهد الشهود أن فلانًا أقر عندنا أنه وقف هذه الأرض، وحددها، وإن كان مالكها في وقفه[١] ما وقفها، قضينا[٢] بأنها وقف من قبل الواقف، وأخرجناها[٣] من يد[٤] الذي هو في يديه[٥]، وهذه المسألة [صريحة في][٦] أن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة؛ إذ لو لم يكن لكانت الشهادة بلا دعوى، والشهادة في حقوق العباد بدون الدعوى لا تقبل، فينبغي ألا تقبل الشهادة في هذه المسألة[٧]، ولا يقضى بكونها وقفًا.

وإذا قال لغيره: هذه الضيعة وقف عليك، ثم ادعاها بعد ذلك لنفسه، لا يسمع دعواه؛ لمكان التناقض.

ادعى دارا في يد رجل [ادعى][٨] أنها ملكه بأصلها وبنائها[٩]، وأنكر المدعى عليه ذلك، وادعى أنها وقف على مصالح مسجد كذا، وأقام المدعي البينة على دعواه، وقضى له بذلك، وكتب [له][١٠] السجل، ثم إن المدعي أقر أن أصل الدار وقف والبناء له، بطلت[١١] دعواه، والحكم، والسجل، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند.

وقيل: ينبغي أن يسأله القاضي أنها وقف من جهتك وقفتها أقضي[١٢] بها لك، أو

(١) في م: وقف.
(٢) في أ: قضى.
(٣) في م: وأخرجنا.
(٤) في م: يدي.
(٥) في م: يده.
(٦) في م: صريح على.
(٧) زادفي أ: غير مقبولة.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: وبيانها.
(١٠) سقط في م.
(١١) في م: بطل.
(١٢) في م: أوصي.

وقف من جهة غيرك؟ إن قال: من جهتي، لا يبطل القضاء؛ لأن قوله هذا يقرر القضاء، ولا ينافيه، وإن قال: من جهة غيري، حينئذ يبطل القضاء؛ لإقراره ببطلان القضاء.

وفيه أيضًا: صاحب الأوقاف إذا أراد أن يسمع الدعوى في أمر[1] الأوقاف، ويقضي بالنكول، [أو][2] بالبينة إن ولاه السلطان ذلك نصًا، أو عرف ذلك دلالة جاز؛ لأنه صار كالقاضي المولى، وإن لم يكن شيء من ذلك لا يجوز.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: ضيعة في يد رجل، وضيعة أخرى في يد رجل آخر، ادعى رجل أن هاتين الضيعتين وقف عليه[3] وحده وعلى أولاده، وأولاد أولاده أبدًا ما تناسلوا، وأحد الرجلين غائب، وأقام المدعي البينة على الحاضر بأن شهد الشهود أنهما ملك الواقف وقفهما جميعًا وقفا واحدًا، وذكر شرائط الوقف، قضى القاضي على الحاضر بكون الضيعتين وقفًا، لأن الحاضر هاهنا نصب[4] خصمًا عن الغائب، فصار كأحد[5] الورثة، وإن شهدوا أنه وقف وقفين متفرقين يقضي بوقفية الضيعة التي في يد الحاضر فحسب؛ لأن الحاضر هاهنا لا ينتصب خصمًا عن الغائ.

في المسألة نوع إشكال، وينبغي أن يقضي بوقفية الضيعة التي في يد الحاضر في الوجهين جميعًا؛ لأنه ألحق هذا بأحد الورثة.

وذكر في الجامع: أن أحد الورثة إنما ينتصب خصمًا عن الباقين للمدعى في عين في يد ذلك الوارث، حتى إن من ادعى عينًا في تركة ميت وأحضر ولدًا واحدا ليس

---

(١) في م: أمور.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: على.
(٤) في م: ينصب.
(٥) في م: أحد.

العين المدعى بها في يده، وأقام بينة على دعواه، لا يسمع بينته.

وفي مسألتنا هذه: إحدى الضيعتين في يد الغائب، فكيف يقضي بوقفيتهما[١] على الحاضر؟ وعلى من يجوز القضاء بوقفية الضيعتين يشترط ذكر حدود الضيعة التي في يد الغائب.

ادعى كرما في يد رجل، وأقر المدعى عليه أنه وقف الكرم وقفًا صحيحًا بشرائطه، وليس للمدعي بينة، وأراد تحليف المدعى عليه، فإن أراد تحليفه ليأخذ الكرم لو[٢] نكل عن اليمين لا يحلف؛ [لأنه لا يصل إليه ولو نكل، ولو أراد تحليفه ليأخذ القيمة لو نكل، فله عليه يمين][٣]؛ لأنه يصل إلى القيمة لو نكل، فكان في التحليف فائدة.

رجل وقف ضيعة له على الفقراء في صحته، ثم مات، فجاء إنسان وادعى أن الضيعة له، وأقر الورثة بذلك، لا[٤] يبطل الوقف؛ لأن إقرارهم في حق بطلان الوقف غير صحيح، ويضمنون قيمة الضيعة من تركة الميت، وهذا الجواب يجب أن يكون قول الكل لا قول محمد خاصة؛ لأنه لا خلاف في وجوب ضمان الضيعة بالإتلاف، وإنما الخلاف في وجوب الضمان بالغصب، وهذا إتلاف، وليس بغصب، وإن أنكر الورثة ذلك وأراد المدعي أن يحلفهم، [يقال له: تريد تحليفهم][٥] لتأخذ الضيعة إن نكلوا، أو لتأخذ قيمتها إن نكلوا؟ فإن قال: لآخذ الضيعة، فلا يمين له عليهم؛ لأنه لم[٦] يصل إلى الضيعة إن نكلوا لما ذكرنا في فصل الإقرار، وإن قال: لآخذ القيمة، فله عليهم اليمين؛ لأنه يصل إلى القيمة لو نكلوا، فكان التحليف مفيدًا.

---

(١) في م: بوقفيتها.
(٢) في م: أو.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: لم.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: لا.

نوع منه في المسائل التي تعود إلى الشهادة على الوقف:

إذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه، ولم يحدها الشاهدان، فالشهادة باطلة، وكذلك إن حددها أحدهما دون الآخر كانت الشهادة باطلة، وكذلك لو شهد أنه وقف أرضه التي في موضع كذا، وقالا: لم يحدها لنا، فالشهادة باطلة.

قال الخصاف - رحمه الله -: إلا أن تكون أرضًا مشهورة تغني شهرتها عن تحديدها، فإن كان كذلك قضيت بأنها وقف، وإن حداها بحدين، فالمشهور عن أصحابنا - رحمهم الله -: أنه لا يقبل، ومن أصحابنا من قال: إذا ذكر حدين متقابلين، تقبل؛ لأن ما بينهما يصير معروفًا بمعرفتهما إذا كان طرفاهما مستويين، وإن حداها بثلاث[1] حدود، قبلت الشهادة عند علمائنا [الثلاثة][2]؛ إقامة للأكثر مقام الكل.

سئل الخصاف - رحمه الله - فقيل: إذا قبلنا هذه الشهادة حكمنا بثلاثة حدود فكيف يحكم بالحد الرابع؟ قال: أجعل الحد الرابع بإزاء الحد الثالث حتى ينتهي إلى مبدأ الحد الأول.

وإن شهد أنه وقف أرضه التي في موضع كذا، وحدها لنا إلا أنا نسيناه لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا على أنفسهما بالغفلة، فإن قالا: لم يحدها لنا ولكن نعرف [الحد دونه][3]، ذكر هلال - رحمه الله -: أن القاضي لا يقبل شهادتهما[4].

قال القاضي الإمام الأستاذ الكبير أبو زيد - رحمه الله -: فتأويل هذا أنهما لم يبينا للقاضي، أما إذا بيناه، وعرفاه، يقبل.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في هذه الصورة: أني أجيز الشهادة، وأقضي

---

(١) في م: ثلاث.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: الحدود.
(٤) زاد في م: قال القاضي هلال رحمه الله أن القاضي لا يقبل شهادتهما.

بالدار والأرض بحدودها وقفًا، وأقول للشهود: سموا الحدود، فأقضي بما تسمون وتحدون.

وقال هلال: وكذلك لو قالا[١]: لم يكن له في المصر إلا تلك الأرض، لم يقبل، فأما إذا قالا: أشهدنا أنه وقف هذه الأرض، وهو فيها ولم يحدها لنا، فالشهادة جائزة إذا كانا يعرفانها.

قال القاضي الإمام هلال - رحمه الله -: تأويل هذا إذا بينا للقاضي، وعرفاه[٢]، فإن[٣] لم يبينا لا تقبل شهادتهما، وإن شهدا أنه حدها لنا، ولكن لا نذكر الحدود التي حدها لنا، فالشهادة باطلة، وإن كانا يعرفان الحدود، ولكنهما لا يعرفان الأرض؛ لأنهما كانا غائبين عنها، تقبل شهادتهما، ويكلف القاضي مدعي الوقف أن يقيم شاهدين آخرين يشهدان أن هذه الأرض بحدودها هي تلك الأرض التي شهد الشهود بوقفيتها، و[إن][٤] شهدا أنه أدارنا على حدودها ووقفنا عليها، ولكن لم يسم لنا حدودها، قبلت شهادتهما.

وإذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف حصته من هذه الأرض، ومن هذه الدار، ولا يدريان ما حصته، فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة - رحمه الله - على قياس مسألة البيع، وهو ما إذا باع حصته من هذه الدار ومن هذه الأرض ولم يعلم المشتري حصته، لا يجوز البيع عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وعند أبي يوسف - رحمه الله -: يجوز البيع، وإن لم يعلما حصته.

والهبة لا تجوز إذا لم تعرف حصة الواهب بلا خلاف، فالوقف على قول أبي يوسف: لا يجوز قياسًا على الهبة، ويجوز استحسانًا.

---

(١) زاد في م: لا.
(٢) في م: عرفناه.
(٣) في م: فأما إذا.
(٤) سقط في م.

[وجه القياس: أن الوقف إزالة الملك بغير بدل، فصار كالهبة.

وجه الاستحسان][(١)]: أن الوقف[(٢)] لم يصح لعدم التمييز[(٣)]، ولا وجه إليه؛ لأن وقف المشاع عنده صحيح.

وإن شهدا[(٤)] أنه أقر عندهما أنه جعل حصته من هذه الأرض التي في موضع كذا، حدودها كذا، صدقة موقوفة لله تعالى، وهي ثلث جميع هذه الأرض على كذا، وجعل آخره للمساكين، فنظر الحاكم، فوجد حصته من هذه الأرض نصفها، أو ثلثيها[(٥)].

قال الخصاف - رحمه الله -: يجعل جميع حصته وقفًا على الوجوه التي سبلها.

وقد قال أصحابنا - رحمهم الله - في رجل قال لآخر: بعتك جميع حصتي من هذه الأرض، وهي ثلثها بألف درهم، فإذا حصته نصفها، فليس للمشتري إلا الثلث [الذي][(٦)] سمي له، وقالوا فيمن أوصى لرجل فقال: أوصيت لك بثلث مالي، وهو ألف درهم، فإذا ثلث ماله أكثر من الألف، فللموصى له جميع الثلث.

قال الخصاف - رحمه الله -: وعندي أن الوقف نظير الوصية؛ لأنه ليس بعقد معاوضة، وإن جعل غلة ذلك على قوم سماهم، ومن بعدهم على المساكين، فصدقه القوم الذين سماهم وقف عليهم، وقالوا: إنما قصد وقف الثلث علينا، قال: تصديقهم وتكذيبهم في ذلك سواء، ويقضى بجميع[(٧)] حقه وقفًا، وأجعل[(٨)] للقوم

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في أ: لو.
(٣) في م: اليمين.
(٤) في م: شهدوا.
(٥) في م: ثلثها.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: جميع.
(٨) في م: جعل.

الذين هم بأعيانهم غلة الثلث(١) من ذلك، وأجعل ما بين الثلث [إلى النصف](٢) للمساكين.

وإذا شهد(٣) على رجل أنه وقف أرضه في موضع كذا وشهد الآخر أنه وقف أرضه في موضع كذا، وسمى موضعًا آخر، لا تقبل الشهادة؛ لأنه ما(٤) شهد على وقفية كل الأرض إلا شاهدًا واحدًا، ولو شهد أحدهما أنه وقف تلك الأرض وحدها، [عليه](٥)، وشهد الآخر(٦) أنه وقف [نصفها](٧)، قبلت الشهادة على النصف، وقضى بوقفية [نصف](٨) هذه الأرض، هكذا ذكر [الخصاف، وهلال](٩) - رحمة الله عليهما -.

قيل: هذا الجواب مستقيم على مذهبهما، غير مستقيم على مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه -، كما(١٠): لو شهد أحد الشاهدين(١١) على تطليقة، وشهد الآخر [على نصف تطليقه، فإن هناك لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهم: تقبل](١٢) على نصف تطليقة.

ومنهم من قال: هذا بالاتفاق(١٣)؛ لأن الأرض معينة، فصار كما لو شهد

---

(١) في م: الوقف.
(٢) في م: والنصف.
(٣) في م: شهدا.
(٤) في م: بما.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: آخر.
(٧) في م: تلك الأرض وأرضا أخرى.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: هلال والخصاف.
(١٠) في أ: قال.
(١١) في م: الشريكين.
(١٢) سقط في م.
(١٣) في م: على الاتفاق.

أحدهما على طلاق امرأة، وشهد الآخر على طلاقها وطلاق أخرى.

ولو شهد أحدهما أنه جعل له ثلث الغلة، وشهد الآخر أنه جعل له [نصفها، قبلت الشهادة على الثلث عندهما، وإن شهد أحدهما أنه وقف][١] نصفها مشاعًا، وشهد الآخر أنه وقف نصفها مقسومة، فالشهادة باطلة، ولو شهد أحدهما أنه وقفها يوم الخميس، وشهد الآخر أنه وقفها يوم الجمعة، قبلت الشهادة؛ لأن الوقف تصرف قولي، والقول يعاد ويكرر، فلا يضره[٢] اختلاف الزمان والمكان كالبيع.

قيل: هذا [على قول][٣] أبي يوسف - رحمه الله -.

أما على قول محمد: فلا تقبل الشهادة؛ لأن الوقف وإن كان قوليًا إلا أنه يتضمن [فعلاً، وهو][٤] التسليم، [فإن التسليم][٥] عند محمد - رحمه الله - شرط صحته، وكل قول يتضمن فعلا كالنكاح، واختلفا فيه في الزمان أو المكان، لا تقبل الشهادة، ولو شهد أحدهما أنه وقفها وقفًا صحيحًا في صحته، وشهد الآخر أنه وقفها بعد موته، لا تقبل الشهادة؛ لأن أحدهما شهد بالوقف، [وشهد الآخر بالوصية، ولو شهد أحدهما أنه وقفها وقفًا صحيحًا في صحته][٦]، وشهد الآخر أنه وقفها في المرض، قبلت الشهادة وتكون جميع الأرض وقفًا إن كان يخرج من الثلث، وإن كان لا يخرج من الثلث يصير ثلثها وقفًا؛ لأنهما اتفقا على وقف [الأرض، واختلفا في الوقت، وإن كانت][٧] الأرض تخرج من الثلث فقد اختلفا[٨]، وإن كانت الأرض لا تخرج من الثلث فقد اتفقا في ثلثها، واختلفا فيما وراء ذلك فثبت ما اتفقا

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: يغرم.
(٣) في م: عند.
(٤) في م: فعل.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: وشهد الآخر بالوصية.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: اتفقا.

عليه، ولا يثبت ما ينفرد به أحدهما، ولو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على المساكين، قبلت الشهادة؛ لأنهما اتفقا على الفقراء.

فإذا[(١)] قال: أرضي [هذه][(٢)] صدقة موقوفة، كانت وقفًا على الفقراء، فقد اتفقنا على كونها وقفًا[(٣)] للفقراء، فيثبت ذلك، ويبطل ما تفرد به أحدهما.

والحاصل: أنهما إذا اتفقا على كونها صدقة [موقوفة][(٤)]، وتفرد أحدهما بزيادة شيء، لا يثبت الزيادة، ويثبت ما اتفقا عليه وهو كونها وقفًا على الفقراء.

وعن هذا قلنا: إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على عبد الله، وشهد الآخر أنه جعلها صدقة موقوفة على زيد، تكون وقفًا على الفقراء؛ لأنهما اتفقا على جعلها صدقة موقوفة.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا شهد أحدهما [أنه][(٥)] أقر عنده أنه وقفها على الفقراء والمساكين، وشهد آخر أنه وقفها على الفقراء، حكم عليه بالوقف للفقراء على قول الحسن بن زياد - رحمه الله -.

وقيل[(٦)]: إنه قال: الفقراء والمساكين لهم سهم واحد، وإذا[(٧)] قال: للفقراء والمساكين سهمان، يجعل نصفها وقفًا للفقراء، ويبطل النصف. قال: وهذا القول ما رواه محمد بن الحسن في الجامع الصغير.

ولو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على عبد الله وولده من بعده، وشهد الآخر أنه جعلها وقفا على عبد الله، [جعلها وقفًا على عبد الله][(٨)]؛ لأنهما اتفقا

---

(١) في م: فإن.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: على الفقراء.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: من قبل.
(٧) في م: ومن.
(٨) سقط في م.

عليه.

ولو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على عبد الله وزيد، وشهد الآخر أنه جعلها على عبد الله خاصة، قضيت بالنصف لعبد الله، والنصف الآخر للفقراء، أما القضاء لعبد الله؛ فلأنهما اتفقا على عبد الله، وأما القضاء بالنصف؛ فلأنهما اتفقا على النصف له، واختلفا في النصف الآخر، [وشهد أحدهما][١] لعبد الله، وشهد الآخر لزيد، فما اتفقا عليه [له يثبت، وما اختلفا فيه لا يثبت، وجعل ذلك كالسكوت عنه قبل الفقراء، بخلاف المسألة الأولى لأن في المسألة الأولى اتفقا على][٢] كونه لعبد الله، وزاد أحدهما لولده من بعده، فلم تثبت هذه الزيادة، ويثب ما اتفقا عليه وهو كونه لعبد الله.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: ما ذكر من الجواب أنه يقضي لعبد الله بالنصف يجب أن يكون قول الكل؛ لأنهما لم يختلفا في لفظة الشهادة لعبد الله، وإنما زاد أحدهما حصة زيد، ولم يثبت ذلك بمجرد قوله، فيكون للفقراء.

وإذا شهد أحدهما[٣] أنه جعل لعبد الله مائة درهم في كل سنة من غلات هذه الأرض وشهد الآخر أنه جعل له مائتي درهم، لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - كما لو شهد أحدهما لرجل على رجل مائة درهم، [وشهد الآخر بمائتي درهم، ولو قال أحدهما: جعل له من الغلة][٤] في كل [سنة مائة درهم، وقال الآخر: في][٥] سنة واحدة، فإنه يثبت في السنة الأولى عندهم.

قال الخصاف في وقفه: لو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين، وشهد [الآخر أنه جعلها صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وأبواب

(١) في م: شهد أنها.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: لهما.
(٤) بدل ما بين المعقوفين في م: وقال الآخر.
(٥) سقط في م.

البر، تقبل هذه الشهادة، قال: ولو شهد أحدهما أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين، وشهد][١] الآخر أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وفقراء قرابته.

قال: هذا لا يشبه أبواب البر.

إذا شهد شاهدان أنه جعل هذه الأرض صدقة موقوفة علينا، أو على أحدنا، أو على آبائنا[٢] أو أجدادنا، أو ما أشبه ذلك، لا تقبل الشهادة، وكذلك لو شهدا أنه وقف أرضه علينا، وعلى قوم آخرين، فذلك كله باطل، ولا يجوز للشركاء سواهم.

وكذلك إذا قالا: على قرابته، وهما من قرابته، أو قالا: على نسله، وهما من نسله، أو قالا [على][٣] آل عباس، وهما من آل عباس، وإن قالا[٤]: علينا، وعلى قوم آخرين معلومين، رأينا[٥] أن نبطل [شهادتهما، فإن قالا: لم][٦] نقبل ذلك، قبلت شهادتهما، [ولو شهدا لقرابة الواقف][٧] وهما من قرابته، وقالا: [لم نقبل ذلك][٨] لم تقبل شهادتهما، وإن[٩] لم يكن لهما أولاد.

وإذا وقف الرجل كراسة على مسجد لقراءة القرآن، أو على أهل مسجد وهم يحصون، حتى جاز الوقف، فشهد أهل ذلك المسجد على وقف الكراسة، فهذه المسألة نظير شهادة أهل مدرسة على وقف تلك المدرسة، وشهادة أهل محلة على وقف تلك المحلة.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: أولادنا.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: قال.
(٥) في م: فأردنا.
(٦) في م: شهادتنا فلم.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: وكذلك إذا.

والمشايخ فصلوا الجواب فيها فقالوا في شهادة أهل المدرسة: إن كانوا يأخذون الوظيفة من ذلك الوقف لا تقبل شهادتهم، وإن كانوا لا يأخذون تقبل، وكذلك قالوا في أهل المحلة: من شهد وهو ممن يأخذ من ذلك، لا تقبل[١] شهادته، وكذلك الشهادة على وقف مكتب، وللشاهد صبي في المكتب على هذا.

وقيل: [في هذه المسألة][٢] تقبل الشهادة على كل حال؛ لأن كون الفقيه في المدرسة، وكون الرجل في المحلة، وكون الصبي في المكتب ليس بأمر لازم، بل ينتقل الرجل من محلة إلى محلة، ومن مدرسة إلى مدرسة، ومن مكتب إلى مكتب، وعلى هذا قلنا: إذا شهدا أنه وقف على فقراء جيرانه وهما من فقراء جيرانه، أو شهدا أنه وقف على فقراء هذا المسجد، أو شهدا أنه وقفها على فقراء أهل السجن بالبصرة، أو [على][٣] فقراء [أهل][٤] مصر كذا، وهما في ذلك تقبل شهادتهما، بخلاف ما إذا شهدا أنه وقف على فقراء القرابة، وهما من فقراء القرابة، حيث لا تقبل شهادتهما؛ لأن الجوار لا يدوم، بل يتحول وينقطع، [فإن ما][٥] يستحق بالجوار[٦] وقت القسمة، وذلك غير ثابت وقت الشهادة، فلم يكن شاهدًا لنفسه، فلا يمنع قبول الشهادة، وأما القرابة فإنها تدوم ولا تنقطع، [فيمنع قبول الشهادة، فإنها][٧] تستحق بهذه القرابة [إلا أن][٨] القرابة تعتبر يوم حدوث الغلة، وفي فقراء الجيران، وأخواتها من هذه المسائل تعتبر يوم قسمة الغلة، وكان سبب الاستحقاق في الجوار وقت القسمة، وذلك ليس بموجود في الحال.

---

(١) زاد في م: من.
(٢) في م: هذه المسائل لا.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: وإنما.
(٦) في م: الجواز.
(٧) بدل ما بين المعقوفين في م: وإنما.
(٨) بدل ما بين المعقوفين في م: ألا ترى أن في فقراء.

أرض في يدي رجل يزعم أنها ملكه، فادعى قوم أن هذا الرجل وقف هذه الأرض علينا وقفًا صحيحًا، وذو اليد منكر، فأقاموا البينة(١) على ما ادعوا، قبلت بينتهم، وحكمت عليه بالوقف، وإخراجها(٢) من يده، وهذه المسألة تصريح أن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة(٣)، وكذا إذا ادعى رجل على رجل أنه وقف هذه الأرض على المساكين، وهو يجحد ذلك، وأقام بينة على إقراره بذلك حكمت عليه بالوقف للمساكين(٤)، وأخرجت الأرض من يده، وتقبل الشهادة على أصل الوقف بالشهرة، وعلى الشرائط؛ لأنه(٥) هو المختار.

وكان الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يقول: لابد من بيان الجهة بأن [يشهدا أن](٦) هذا وقف على المسجد، أو على المقبرة، أو ما أشبه ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم، لا تقبل شهادتهم.

ومعنى قول المشايخ: لا تقبل الشهادة على شرائطه: أنه(٧) بعد ما يبين(٨) الجهة، وقالوا: هذا وقف على كذا، لا ينبغي لهم أن يشهدوا أنه يبدأ من غلته فيصرف إلى كذا، ثم إلى كذا، لا تقبل شهادتهم.

وفي أدب القاضي للخصاف: أن الشهادة على الوقف تقبل بدون الدعوى، وهو الصحيح، وقد مرت المسألة في أول النوع(٩) الذي يسبق(١٠) [هذا النوع، أما الوقف

(١) في م: بينة.
(٢) في م: وأخرجها.
(٣) في م: صحيح.
(٤) في م: للمسلمين.
(٥) في م: لا.
(٦) في م: شهدوا بأن.
(٧) في م: أي.
(٨) في م: بينوا.
(٩) في م: البيوع.
(١٠) في م: سبق.

الذي هو حق العباد فلا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى وهو الصحيح، وإذا شهد الشهود أن هذا وقف على كذا، ولو يبينوا][١] الواقف.

اختلف المشايخ فيه، فبعضهم قالوا: تقبل، وإليه أشار الخصاف في أدب القاضي.

وقال بعضهم: لا تقبل.

وما ذكره الخصاف في أدب القاضي لا يدل على القول الأول فإن المذكور ثمة: إذا قال القاضي المعزول: هذا وقف على كذا، وصدقه ذو اليد أنفذها القاضي المُولَّى، ولا يسأل المُولَّى [المعزول عن وقفه، وإنما يسأل؛ لأن بيان الوقف ليس بشرط بل؛ لأنه لو سئل، وذكر المعزول أنه وقفه فلان ربما يجحد ورثة فلان فالآن يتعذر على المُولَّى تنفيذ الحكم، وإنما اكتفى بذلك ثمة لهذه الضرورة[٢]، في حق الشهادة، ولا تقبل الشهادة من غير بيان [الوقف؛ وهذا لأن][٣] الوقف[٤] على أصل أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالغلة المعدومة، فإذا شهد الشهود بالوقف، فقد شهدوا بالملك للواقف، ولا بد من ذكره ليمكن إثبات الملك، وتقبل الشهادة على الشهادة في الوقف، وكذا شهادة النساء مع الرجال.

* * *

(١) سقط في م.
(٢) زاد في أ: ولا ضرورة.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: الواقف.

[ومما يتصل بهذا الفصل][(١)] الأوقاف القديمة:

الوقف الذي تقادم أمرها، أو مات الشهود الذين شهدوا عليه، وتنازع قوم فقالوا[(٢)]: هي وقف علينا وقفها فلان، وقال فريق آخرون: هي وقف وقفها فلان علينا، يعني: ذلك الرجل الذي ادعى الفريق الأول من جهته، فهذه المسألة على وجهين:

أحدهما: إذا كان للواقف ورثة أحياء، وفي هذا الوجه: يرجع إلى الورثة؛ لأنهم قائمون مقام الواقف، فيرجع إليهم سواء كان لهم رسوم في دواوين القضاة [يعملون عليها][(٣)] غلتها، أو لم يكن، فأي فريق عينه الورثة فالقاضي يجعل الوقف عليهم، وإن لم يكن للواقف ورثة أحياء، فهذا على وجهين أيضًا: إن كان لهذا الواقف رسوم في دواوين القضاة][(٤)] [يعملون عليها][(٥)]، فإذا تنازع فيها أهلها، فإنها تجرى على الرسوم الموجودة في دواوينهم؛ لأنه دليل ظاهر، وليس هنا دليل فوقه، وإن لم يكن في دواوين القضاة رسوم يعملون عليها فالقاضي يجعلها موقوفة، فمن[(٦)] أثبت في ذلك حقًا قضي[(٧)] له به؛ لأنه دليل هاهنا أصلاً.

في واقعات الناطقي: فإن اصطلح الفريقان على شيء فيما بينهم فالقاضي ينفذ ذلك، ويقسم الغلة[(٨)] بينهم، وإذا كانت الأرض في يد رجل، وهو يقول: إنها كانت لفلان وقفها على كذا، وقالت الورثة: بل وقفها [الميت][(٩)] علينا، وعلى

---

(١) في م: نوع آخر من هذا الفصل في.
(٢) في م: فقال.
(٣) في أ: يعلمون غلتها.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: يعلمون غلتها.
(٦) في م: فيمن.
(٧) في م: فهي.
(٨) في م: يعلمون غلتها.
(٩) سقط في م.

نسلنا، ومن بعدنا على المساكين، والذي قاله الورثة خلاف ما قاله الرجل، فإن القاضي يمضيه على ما أقر به الورثة إذا لم يجد القاضي في ديوان الحكم الذي قبله كتبًا من الصكاك فيها رسوم [الوقف، بل وجد إقرار من في يده، وأما إذا كانت](١) الوقوف في يد الأمناء، ولها رسوم في ديوان من قبله، فإنه لا يقبل قول الورثة فيما ليس في أيديهم.

وسئل شيخ الإسلام عن وقف مشهور اشتبهت(٢) مصارفه وقدر ما يصرف إلى مستحقه.

قال: ينظر [إلى](٣) المعهود من حاله فيما سبق من الزمان أن قوامها(٤) كيف يعملون فيه وإلى من يصرفون، فيبنى على ذلك؛ لأن الظاهر أنهم كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف، وهو المظنون بحال المسلمين، فيعمل على ذلك.

في فتاوى الفضلي: وقف في يد صاحب الأوقاف يوجد في صك ذلك الوقف أن الفاضل من نفقته يصرف إلى فقراء أهل السكة التي فيها [الوقف، وغيرهم](٥) من المسلمين، ويصرف الفاضل إلى أعيان الفقراء الموجودين يوم الوقف، يصرف لكل واحد منهم [سهم](٦) وكل من مات منهم سقط سهمه، وقسم(٧) بين الباقي منهم على ما وصفت(٨)، فإذا [انقرض فقراء](٩) السكة الموجودون يوم الوقف كان فقراء [أهل](١٠) السكة ومن سواهم من فقراء المسلمين في ذلك سواء؛ لأن فقراء السكة

(١) سقط في م.
(٢) في أ: انتهت.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: قواما.
(٥) في أ: وقف وغيره.
(٦) سقط في م.
(٧) في أ: ويحصل.
(٨) في م: وقفت.
(٩) في م: انقرضوا.
(١٠) سقط في م.

الموجودين يوم الوقف استحقوا بأعيانهم، فكان لكل واحد منهم سهم، وغيرهم[١] من الفقراء إنما[٢] استحقوا بأعيانهم فكان[٣] للكل سهم واحد.

وقف في يد الواقف يفرق الأموال على قرابته ومواليه، ويفضل البعض على البعض، أو يضع فيمن شاء، ثم مات هذا الواقف، وأوصى إلى آخر، ولم يبين كيف كان [سبيل][٤] الوقف، فالثاني يصرف إلى من يصرف إليه الأول، لأن الظاهر أن الأول يصرف إلى المصرف، فإن أشكل [على][٥] الثاني أن الأول إلى من كان يصرف الزيادة من أقربائه[٦] ومواليه فيصرف[٧] إلى الفقراء، [والله أعلم][٨].

* * *

(١) في م: وغيرهم.
(٢) في أ: ما.
(٣) في م: وكان.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: قرابته.
(٧) في م: يصرفه.
(٨) سقط في م.

الفصل العشرون[(١)]

في المساجد وما يتصل بها

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع[(٢)]: فيما يرجع إلى نفس المسجد:

الإضافة إلى ما بعد الموت، أو الوصية ليست بشرط لصيرورة المكان مسجدًا صحة ولزومًا عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - بخلاف سائر الأوقاف على مذهبه، وقول أبي حنيفة - رضي الله عنه - في المسجد في أنه لا يشترط الإضافة إلى ما بعد الموت أو الوصية كقولهما، وأما القبض والتسليم [شرطان لصيرورته مسجدًا][(٣)] عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.

وعند أبي يوسف - رحمه الله -: ليس بشرط.

حتى إن عنده يصير مسجدًا بمجرد البناء، [وإن][(٤)] لم يوجد القبض والتسليم، وبالصلاة بجماعة يقع التسليم بلا خلاف، حتى إنه إذا بنى مسجدًا وأذن للناس بالصلاة فيه جماعة، فإنه يصير مسجدًا، ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة بأذان وإقامة جهرًا لا سرًا، حتى لو [كانت سرًا بلا أذان، ولا إقامة][(٥)] لا يصير مسجدًا عندهما، ولا يقع القبض والتسليم بالصلاة وحدانا عند محمد - رحمه الله -.

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - روايتان:

في رواية الحسن: لا يقع القبض والتسليم.

وفي رواية غيره: يقع القبض والتسليم، فإن جعل مؤذنًا وإمامًا، وهو رجل

---

(١) في م: التاسع عشر.
(٢) في م: الأولا.
(٣) في م: شرط لصيرورة مسجد.
(٤) في م: ما.
(٥) في م: صلى جماعة بغير أذان وإقامة سرًا لا جهرًا.

واحد، فأذن، وأقام، وصلى وحده [صار مسجدًا][(١)] بالاتفاق؛ لأن أداء صلاته كالجماعة.

ألا ترى أن أصحابنا قالوا: مؤذن مسجد إذا أذن، وأقام، وصلى وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد.

وفي فتاوى أهل سمرقند: فإن كان هذا الرجل الذي جعل مسجدًا صلى فيه بنفسه هل يصير مسجدًا؟

ذكر هلال - رحمه الله - في وقفه ما يدل على أنه يصير مسجدًا فإنه قال: كان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول: لا يكون مسجدًا حتى يُصلى فيه، وقوله: حتى يُصلَّى فيه، على ما لم يُسمَّ فاعله، فهذا دليل على أن صلاته، وصلاة غيره فيه سواء.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه يشترط صلاة غيره، [ولو قبض][(٢)] المتولي هل يصير مسجدًا من غير أن يصلى فيه؟

فقد اختلف المشايخ فيه، ويكفي صلاة[(٣)] واحدة بجماعة لصيرورته مسجدًا.

ذكر في الوقف للحسن بن زياد، وفي وقف هلال البصري، والخصاف: قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يكون مسجدًا حتى يصلى فيه جماعة بإذنه، وقال في آخر الصلاة إملاء رواية بشر بن الوليد قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يصير مسجدًا حتى يقول: صلوا فيه بجماعة أبدًا، ولو أمر القوم أن يصلوا فيه جماعة صلاة أو صلوات يومًا أو شهرًا لا يكون مسجدًا حتى يقول ما بيناه من القول.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الواقعات في باب العين من كتاب الهبة والصدقة: رجل له ساحة لا بناء فيها أمر القوم أن يصلوا فيها بجماعة، فهذا على

(١) في م: جاز.
(٢) في م: ويقبض.
(٣) في م: لصلاة.

ثلاثة أوجه: إما أن [يكون أمرهم بالصلاة أبدا نصًّا بأن قال: صلوا فيها أبدًا، أو][١] أمرهم بالصلاة مطلقًا، ونوى الأبد، ففي[٢] هذين الوجهين صارت الساحة مسجدًا لو مات لا يورث عنه، وإما أن يكون[٣] وقت الأمر باليوم، أو الشهر، أو السنة، وفي هذا الوجه لا تصير الساحة مسجدًا لو مات، يورث عنه.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن وقف بجنب[٤] المسجد[٥] فأرادوا أن يزيدوا في المسجد من ذلك الوقف قال: يجوز، وينبغي أن يفعلوا ذلك بإذن الحاكم؛ لأن الولاية للحاكم.

وسئل أبو القاسم عن أهل مسجد أراد بعضهم أن يجعلوا المسجد رحبة، والرحبة مسجدًا، أو يحدثوا له بابًا، أو يحولوا بابه عن موضعه، وأبى البعض ذلك.

قال: إذا اجتمع أكثرهم، وأفضلهم على ذلك، فليس للأقل منعهم عنه.

وفي قسمة فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: الطريق إذا كان واسعًا، فبنى فيه أهل المحلة مسجدًا للعامة، ولا يضر ذلك بالطريق فلا بأس به؛ لأن الطريق لهم، والمسجد لهم أيضًا، وإن أراد أهل المحلة أن يدخلوا شيئًا من الطريق في دورهم، نص في العيون: أنهم ليس لهم ذلك، وإن كان لا يضر ذلك بالطريق؛ لأن الطريق للعامة، والدور لأربابها خاصة، وإن أرادوا أن يجعلوا شيئًا من المسجد طريقًا للمسلمين، فقد قيل: ليس لهم ذلك، وإنه صحيح.

وفي كراهية فتاوى أهل سمرقند: قوم بنوا مسجدًا، واحتاجوا إلى مكان [ليوسعوا رحبته][٦]، وبجانبه طريق للمسلمين[٧]، فأخذوا شيئًا من الطريق، فأدخلوه في

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: وفي.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: تحت.
(٥) زاد في م: أو الوقف على المسجد.
(٦) في م: يتسع.
(٧) في م: المسلمين.

المسجد، فإن كان لا يضر بأصحاب الطريق رجوت ألا يكون فيه بأس.

ولو ضاق المسجد على إنسان، وبجانبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرهًا منه، فقد صح عن عمر وكثير من الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين -: أنهم أخذوا أرضين بكره من أصحابها، وزادوا في المسجد الحرام حين ضاق بهم.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله -: سئل شيخ الإسلام عن متولي مسجد جعل منزلًا موقوفًا على المسجد [مسجدًا](١)، وصلى الناس فيه سنين، ثم ترك الصلاة فيه، فأعيد منزلًا مستغلا ينفق غلته على ذلك المسجد كما كان، قال: يجوز.

قيل: فهل صح جعل المتولي المنزل مسجدًا؟ قال: لا.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: سلطان أذن لأقوام أن يجعلوا أرضًا من أرض الكفرة في مسجدهم، ويزيدوا فيه، ويتخذوا حوانيت موقوفة على مسجدهم.

قال الفقيه أبو بكر - رحمه الله -: إن كانت البلدة فتحت عنوة(٢) يجوز أمره إذا كان ذلك لا يضر بالمارة، وإن كانت [فتحت](٣) صلحًا لم يجز أمره؛ لأنها إذا فتحت عنوة كانت ملكًا للغزاة، وللسلطان فيها [رأي، و](٤) تدبير، فإن له الخيار في الأراضي(٥) التي فتحت [عنوة، إن شاء قسمها بين الغانمين، وإن شاء منَّ على أهلها برقابهم، وأراضيهم، وإن شاء دفع البعض إلى الغانمين وترك البعض على أهلها، فإذا كان للسلطان تدبير فيها صح أمره، وأما الأراضي التي فتحت صلحًا بقيت على ملك ملاكها، ولا تدبير [فيها للإمام](٦)، فلم يصح أمر الإمام فيها.

وفي الجامع الصغير: رجل جعل داره مسجدا تحته سرداب، أو فوقه بيت،

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: لا.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: الأرض.
(٦) في م: للإمام فيها.

وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله، فإنه لا يصير مسجدًا حتى لو مات يورث عنه، وله[(١)] أن يبيعه حال حياته؛ لأن المسجد ما يكون لله - تعالى - خالصًا، وفي هذين الفصلين[(٢)]: لا خلوص، والسطح من هذا المسجد لا يكون لله - تعالى -.

وفي المنتقي: اتخذ من داره مسجدًا، أو أشرعة، وجعل على المطل منه غرفة، ومسكنًا، فهذا ملك له، فله أن يبيعه، وكذلك الصحراء الذي عليه بناء، ولا تحته مسكن، يريد به: أنه كما لا يثبت لما تحت المسكن حكم المسجد[(٣)] لا يثبت للباقي حكم المسجد، وهو الصحن، لما أشار إليه في الكتاب أن هذا المسجد[(٤)] واحد.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه أجاز أن يكون الأسفل مسجدًا، والأعلى ملكًا؛ لأن الأسفل أصل.

وعن محمد - رحمه الله -: أنه حين دخل الري، ورأى ضيق الأمكنة جوز ذلك، وإن جعل ذلك وسط داره مسجدًا، وأذن للناس بالدخول فيه، فله أن يبيعه، وإن مات يورث عنه، ولو كان مسجد في محلة ضاق على أهله، ولا يسعهم أن يزيدوا [فيه][(٥)]، فسألهم بعض الجيران أن يجعلوا ذلك المسجد له ليدخله في[(٦)] داره، ويعطيهم مكانًا عوضًا[(٧)] هو خير له فيسع فيه أهل المحلة.

قال محمد - رحمه الله - لا يسعهم ذلك.

إذا أراد المتولي[(٨)] أن يتخذ تحت المسجد حوانيت غلة لمرمة [في][(٩)] المسجد،

---

(١) في م: وأما.
(٢) في م: الوجهين.
(٣) في م: المسكن.
(٤) في م: المسجد.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: هو.
(٧) زاد في م: ما.
(٨) في م: إنسان.
(٩) سقط في م.

أو فوقه، فليس له ذلك.

في الحاوي، وفي المنتفي: إذا بنى الرجل مسجدًا وبنى فوقه غرفة، وهو في يده، فله ذلك، وإن كان حين بناه خلى بينه وبين الناس، ثم جاء بعد ذلك يبني، لا يترك.

في الفتاوى: سئل أبو القاسم عمن أراد أن يهدم مسجدًا، ويبني أحكم من[١] بنائه، قال: ليس له ذلك.

وتأويل هذه المسألة: إذا لم يكن لرجل من أهل هذه المحلة.

وقد ذكر في واقعاته[٢] عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: لأهل المسجد أن يهدموا المسجد، ويجددوا بناءه، ويضعوا الحباب، ويعلقوا القناديل، وما[٣] أصاب من قنديل رأس رجل لا ضمان عليهم، ولو علق أهل محلة أخرى ضمنوا، وهذا إذا أراد أهل المحلة أن يعلقوا ذلك من مال [أنفسهم، فأما إذا أرادوا أن يعلقوا ذلك من][٤] مال الوقف ليس لهم ذلك إلا بأمر القاضي؛ لأن هذا تصرف في الوقف، وليس[٥] لهم هذه الولاية.

❊ ❊ ❊

(١) في م: بين.
(٢) في م: الواقعات.
(٣) في م: ولو.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: وليست.

نوع آخر:

إذا جعل أرضًا له مسجدًا، وشرط من ذلك لنفسه شيئا لا يصح بالإجماع، فرق أبو يوسف - رحمه الله - بين هذا، وبين ما إذا وقف أرضًا له على الفقراء، وشرط بعض الغلة لنفسه، فإنه يصح، والفرق مخرج[١] على ما ذكرنا في تلك المسألة يعرف ذلك بالتأمل - إن شاء الله تعالى -.

ومعنى آخر للفرق، وهو: أن الواقف[٢] يصير شارطًا لنفسه من ملك الغير؛ لأن العين بالوقف تزول عن ملكه إلى الله تعالى، وهو لا يشترط لنفسه شيئًا من العين إنما يشترط [الغلة من العين][٣] والمنفعة، فإذا زال العين عن ملكه إلى الله تعالى، فالمنافع تحدث على ملك الله تعالى، فصار شارطًا لنفسه من ملك الغير فيصح، وفي المسجد يصير شارطًا لنفسه بعض ملك نفسه، فلا يصح.

في وقف الخصاف - رحمه الله -: إذا جعل أرضه مسجدًا، [فخرب ما حول المسجد من المحلة، واستغنى أهل المحلة عن ذلك المسجد][٤]، وبناه، وأشهد أن له إبطاله وبيعه، فهو شرط باطل ويكون مسجدًا، ولا يشبه الوقف.

وأشار إلى الفرق فقال: ألا ترى لو بنى مسجدًا لأهل محلة وقال: جعلت هذا المسجد لأهل هذه المحلة خاصة كان لغير أهل تلك المحلة أن يصلي فيه، وفي الوقف لا يرجع إلى غير من شرط له إذا جعل أرضه مسجدًا فخرب ما حول المسجد من المحلة، واستغنى أهل المحلة عن ذلك المسجد عاد إلى ملك بانيه إن كان حيًّا، وإلى ملك ورثته إن كان ميتًّا عند محمد - رحمه الله -.

وفي السير الكبير يقول: إذا خربت القرية التي فيها المسجد وجعلت مزارع،

---

(١) في م: يخرج.
(٢) في م: للواقف أن.
(٣) في م: من الغلة.
(٤) سقط في م.

وخرب المسجد، ولا يصلي فيه أحد، لا بأس بأن يأخذه صاحبه، ويبيعه لمن[(١)] يجعله مزرعة، أو يجعله مزرعة لنفسه، وهو قول محمد - رحمه الله -.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: لا يعود إلى ملك الباني إن كان حيًّا، ولا إلى ورثته إن كان ميتًّا، وهو مسجد أبدا على حاله.

محمد - رحمه الله - يقول: أزال ملكه بجهة وقد بطلت تلك الجهة وبقيت الإزالة مطلقة، وبهذا الطريق لو كفن ميتًا، افترسه[(٢)] السبع عاد الكفن إلى ملك صاحبه، وكذلك إذا علق قنديلاً، أو بسط حصيرًا، أو البواري[(٣)] في المسجد، ثم خرب المسجد، واستغنى عنه عادت هذه الأشياء إلى ملك صاحبها.

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول: بل أزال[(٤)] ملكه بجهة، ولكن لم تبطل تلك الجهة؛ لأنه ما جعلها مسجدًا ليصلي فيه أهل هذه المحلة لا غير، وإنما جعلها مسجدًا ليصلي فيه العامة؛ لأن للعامة حقا [في][(٥)] إقامة الصلوات في المساجد، والصحيح من مذهب أبي يوسف - رحمه الله - في فصل الحصير: أنه لا يعود إلى ملك متخذه بخراب المسجد، بل يحول إلى مسجد آخر، ويبيعه قيم المسجد للمسجد، وأما فصل الكفن قلنا: تكفين الميت ليس بإزالة للعين عن ملكه، بل هو تبرع[(٦)] بالمنفعة لحاجة الميت، فكان بمنزلة العارية حالة الحياة، وقد وقع الاستغناء للمستعير فتعود المنفعة إلى المعير كما في حالة الحياة.

وقال محمد - رحمه الله - في الفرس جعله الرجل حبيسا في سبيل الله، فصار بحال لا يستطاع أن يركب: أنه يباع، ويصير ثمنه لصاحبه، أو ورثته على حسب ما

---

(١) في م: ممن.
(٢) في م: ثم افترس.
(٣) في م: بواري.
(٤) في أ: إزالة.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: ينزل.

قال في المسجد.

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: أن[١] من جعل جنازة، وملاءة، ومغتسلاً الذي يقال بالفارسية: حوض مسين وقفًا في محلة، فمات أهلها كلهم لا يرد إلى الورثة، بل يحمل إلى مكان آخر.

قال - رحمه الله -: فرق محمد - رحمه الله - بين هذا، وبين المسجد إذا خرب ما حوله يصير ميراثًا.

وفي هذه الفصول نوع إشكال، وينبغي أن يعود إلى ملك الوارث عند محمد - رحمه الله - على قياس مسألة الحصير، والبواري، ولئن صح هذا عن محمد - رحمه الله - تصير هذه المسائل رواية في الحصير، والبواري؛ لأنه[٢] لا يعود إلى ملك الوارث.

في المنتقى: في المسجد يريد أهل المحلة أن يحولوه إلى موضع آخر، فإن ترك هذا حتى لا يصلى فيه، فللناس أن ينتفعوا به ويجعلوا المسجد في غير هذا الموضع [بمنزلة الخراب][٣]، وتأويل هذا: إذا لم يعرف للمسجد بانٍ على ما نبينه إن شاء الله، فأما إذا لم يترك كما وصفت لك، فإنهم لا يبيعونه ولا يتخذونه مسكنًا، وهذه المسألة على هذا التفصيل إنما تتأتى على قول محمد - رحمه الله -.

وفي الأجناس: إذا خرب المسجد ولا يعرف بانيه وبنى أهل المسجد مسجدًا آخر[٤] ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في ثمن المسجد الآخر فلا بأس به.

قال أبو العباس الناطفي في «الأجناس»: فقياسه في وقف هذا المسجد أنه يجوز صرفه إلى عمارة مسجد آخر إذا لم يعرف الواقف ولا ورثته، فأما إذا عرف للمسجد

---

(١) في م: أنه.
(٢) في م: أنه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: و.

بان فليس لأهل المسجد أن يبيعوه؛ لأنه لما خرب ووقع الاستغناء [عنه][(١)] عاد إلى ملك بانيه أو ورثته، ولا يكون لأهله أن يبيعوه، وما ذكر من الجواب، إذا لم يعرف بانيه قول محمد لا قول أبي يوسف؛ لأن على قول أبي يوسف: هو مسجد أبدًا، فلا يكون لأهل المسجد أن يبيعوه.

* * *

(١) سقط في أ.

نوع آخر منه: في ذكر المسائل التي تعود إلى ما في المسجد:

في المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله -: رجل اشترى بواري للمسجد لم يكن له أن يأخذها، ولو اشترى قناديل للمسجد أو حبابًا فوضع في المسجد كان له أن يأخذ ذلك، فقد فرق على هذه الرواية بين البواري وبين القناديل والحباب.

وذكر في «المنتقى» أيضًا [بعد][١] هذه المسائل بمسائل إبراهيم عن محمد عن أبي حنيفة - رحمهم الله -: [إذا طرح][٢] الرجل البواري في المسجد فليس بميراث، وهو قول محمد - رحمه الله -.

وكذلك قال محمد - رحمه الله-][٣] في القناديل، سوى في رواية إبراهيم بين القناديل وبواري المسجد إذا صارت خلقًا واستغنى أهل المسجد[٤] عنها وقد طرحها إنسان، فإن كان الذي طرحها حيًّا فهي له؛ لأنها لم تزل عن ملكه، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في «واقعاته» وهذا التعليل ليس بصحيح، فإن أحدًا من العلماء لم يقل بأن البواري لا يزول عن ملكه، وإنما اختلفوا في عودها إلى ملكه عند وقوع الاستغناء [عنها][٥] على ما [مر قبل][٦] هذا، وإن كان الذي قد طرحها ميتًا ولم يدع وارثًا أرجو أنه لا بأس بأن يدفع أهل المسجد إلى فقير أو ينتفعوا بالثمن في شراء حصير للمسجد.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: هكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في فتاويه، قال: والفتوى على أنه لا يجوز إذا فعلوا ذلك من غير أمر القاضي.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: أخرج.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: المحلة.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: عرف.

وفي «المنتقى»: في بواري المسجد إذا خلقت فصار[١] لا ينتفع بها، فأراد الذي بسطها أن يأخذها ويتصدق بها ويشتري مكانها فله ذلك، وإن كان هو غائبا، فأراد أهل المحلة أن يأخذوا البواري فيتصدقوا بها بعد ما خلقت، لم يكن لهم ذلك إذا كانت لها قيمة، فإن لم يكن لها قيمة فلا بأس بذلك.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: سئل الفقيه أبو بكر[٢] عن حشيش المسجد يخرج عن المسجد أيام الربيع، قال: إن لم يكن له قيمة فلا بأس بطرحه[٣] خارج [المسجد][٤] ولا بأس برفعه والانتفاع به.

وفي كراهية فتاوى أهل سمرقند[٥]: حشيش المسجد إذا كانت له قيمة، فلأهل المسجد أن يبيعوه، وإن رفعوا إلى الحاكم فهو أحب إلي، وكذا الجنازة والنعش إذا فسد فلأهل المسجد أن يبيعوهما، وإن رفعوا إلى الحاكم فهو أحب.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: والمختار للفتوى أنهم لا يبيعون إلا بأمر الحاكم؛ لأن البيع يعتمد الولاية، ولا ولاية لهم.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا رفع من حشيش المسجد وجعله قطعًا بالسواد فهو ضامن له؛ لأن له قيمة.

حكي عن الشيخ أبي حفص السفكردري: أنه أوصى في آخر عمره بخمسين درهمًا لحشيش المسجد.

سئل أبو العمر[٦] عن شراء الدهن أو الحصير للمسجد أيهما أفضل؟ قال: هما سواء.

---

(١) في أ: فصارت.
(٢) زاد في أ: الأعمش.
(٣) في أ: به.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في أ: مثل ذلك قال في فتاوى أهل سمرقند.
(٦) في المحيط البرهاني: القاسم.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: إن كان المسجد محتاجا إلى أحدهما فشراؤه أفضل، وإن كانا سواء في الحاجة إليهما كانا في الثواب في الآخرة سواء أيضًا.

وسئل نصير - رحمه الله - عن ديباج الكعبة إذا خلق قال: لا يجوز أخذه، ولكن للسلطان أن يبيعه ويستعين به على أمر الكعبة.

* * *

نوع آخر منه فى المسائل التي تعود إلى الوقف على المسجد وما يتصل به:

سئل الفقيه أبو القاسم - رحمه الله - عمن أراد أن يقف أرضًا له على المسجد في عمارته وما يحتاج إليه من الدهن وغيره كيف يفعل حتى يكون آمنًا عن البطلان؟ قال: يقول: وقفت أرضي التي في موضع كذا أحد حدودها كذا، والثاني والثالث والرابع كذا بحقوقها ومرافقها وقفًا مؤبدًا في حياتي وبعد وفاتي على أن تستغل بوجوه غلاتها ويبدأ من غلاتها بما فيه من عمارتها، وأجر القوام عليها، ويدفع من غلاتها ما يحتاج إليه لبوابتها فما فضل من ذلك يصرف إلى عمارة المسجد ودهنه وحصيره وما فيه مصلحة المسجد على أن للقيم أن يتصرف على ما يرى فيه، فإذا استغنى هذا المسجد صرف الغلة إلى فقراء المسلمين، وإن أراد أن يزيد في الاحتياط يرجع بعد ما سلم إلى المتولي حتى يخاصمه عند القاضي، فيقضي القاضي بجواز الوقف ولزومه وبطلان رجوعه.

إذا وقف الرجل أرضًا له على مسجد[1]، ولم يجعل آخره للمساكين، كان[2] محمد بن سلمة - رحمه الله - يقول: يجب أن يكون هذا الفصل على الاختلاف، وعند محمد: لا يصح؛ لأن عنده إذا خرب ما حول المسجد بطل المسجد وعاد ملكًا له أو ميراثًا لورثته، فلا يكون الوقف مؤبدًا، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: يصح؛ لأن عنده المسجد لا يبطل بخراب ما حوله، فكان الوقف مؤبدًا.

إن قلنا: إن التأبيد عنده شرط، كيف وإن في اشتراط التأبيد على قوله اختلاف المشايخ على ما مر.

وكان أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - يقول: ينبغي ألا يصح الوقف عندهم جميعًا، أما عند محمد - رحمه الله - فلما ذكرنا، وأما عند أبي يوسف؛ فلأن الوقف على المسجد وقف على عمارته، والمسجد اسم للبقعة لا تعلق له بالبناء،

---

(١) في م: المسجد.
(٢) في أ: قال.

والصلاة فيها ممكن بدون البناء، فلا يكون بناؤه قربة حقيقة فلا يصح الوقف.

وكان أبو بكر بن أبي سعيد يقول: ينبغي أن يصح الوقف بلا خلاف؛ لأن البناء إن لم يكن مسجدًا حقيقة، ولكن إذا وصل بالمسجد يصير تبعًا له ويصير منه حكمًا؛ ألا ترى أن البناء يستحق بالشفعة، وإذا كان كذلك صار بناء المسجد من طريق الحكم كجزء من المسجد، فيصير الوقف على عمارته بمنزلة جعل الأرض مسجدًا أو بمنزلة زيادة في المسجد، فيكون قربة مسجد وما يتوهم من الانقطاع بخراب ما حوله عند محمد لا يمنع صحة الوقف كما لا يمنع صحة جعل داره مسجدًا، وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يقول: [هذا القول][1] أحب إلي، وعلى هذا فقهاء الأمصار، ولو كان الوقف على المساجد صح؛ لأن جنس هذه القربة لا ينقطع ما دام الإسلام باقيًا.

وفي الأجناس، وفي جامع علي بن يزيد الطبري[2] - رحمه الله -: سمعت محمد بن الحسن يذكر عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: لو جعل أرضًا وقفًا على المسجد، جاز.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عمن قال: جعلت حجرتي لدهن سراج المسجد، ولم يزد على هذا، صارت الحجرة وقفًا على المسجد بما قال، ليس له الرجوع ولا له أن يجعل لغيره، وهذا إذا سلمه للمتولي[3] عند محمد - رحمه الله - وليس للمتولي أن يصرف غلتها إلى غير الدهن؛ لأن الواقف إنما وقفها على دهن المسجد.

وفيه أيضًا: إذا قال: هذه الشجرة للمسجد، لا يصير للمسجد حتى يسلم إلى قيم المسجد؛ لأن قوله: هذه الشجرة للمسجد، إن كانت هبة لا تعمل[4] إلا بالتسليم

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: المصري.
(٣) في أ: إلى المتولي.
(٤) في أ: يعلم.

عند الكل، فإن كان وقفًا لا يعمل إلا بالتسليم عند محمد - رحمه الله - [وعليه الفتوى][(١)].

وفي «الأجناس» [و][(٢)] في «صلاة الإملاء»: لو تصدق بداره على المسجد لا يجوز، ويكون ميراثًا؛ لأن المسجد لا يتصدق عليه، وكذلك لو تصدق على طريق المسلمين.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في باب الواو: إذا تصدق بداره على المسجد أو على طريق المسلمين تكلموا فيه، والمختار أنه يجوز كالوقف.

وفي «الأجناس» أيضًا: إذا وقف أرضه على مرمة مسجد كذا أو ثمن بواريه أو زيت قناديله[(٣)] وقال: إن استغنى عنه المسجد كانت الغلة للمساكين حتى جاز الإجماع، واجتمعت الغلة والمسجد لا يحتاج إلى المرمة، فلا بأس بأن يحبسوا ذلك على ما يحتاج إليه المسجد، قال: إلا أن تكون الغلة داره فيفرق ما يفضل من الغلة على المساكين.

وذكر هذه المسألة في فتاوى أبي الليث عن الفقيه أبي بكر أنه [قال][(٤)]: يحبس الغلة؛ لأنه ربما يحدث حادث بالمسجد والأرض صارت بحال لا تغل[(٥)].

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: والصحيح أنه إذا اجتمع من الغلة مقدار ما لو احتاج المسجد والأرض إلى العمارة يمكن العمارة منها ويبقى زيادة شيء من الغلة تصرف الزيادة إلى الفقراء على ما[(٦)] شرط الواقف.

ولو انهدم هذا المسجد واحتاج أهله إلى أن يبنوه، وقد حصل من غلة هذا

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: القناديل.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: تعمل.
(٦) زاد في أ: لو.

المسجد ما يكفي لبنائه، فإنه لا يصرف هذه الغلة إلى البناء؛ لأن الواقف جعل الوقف على مرمته، ومرمته بطين سقفه وأجزاع يدخل في سقفه[١] وما أشبهه، أما جعل الوقف على البناء[٢].

وفي نوادر هشام إذا قال: أوصيت بثلث مالي للمسجد، [قال أبو يوسف: هو باطل إلا أن يقول: ينفق على المسجد][٣]، وقال محمد[٤]: يجوز ويصرف إلى عمارته.

وكذلك إذا قال: لبيت المقدس، جاز، وينفق على بيت المقدس في سراجه ونحوه.

قال أبو العباس الناطفي: فعلى قياس هذا[٥] المسألة الأولى يجوز أن يصرف إلى دهن المسجد.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد - رحمه الله - إذا قال: أوصيت بثلث مالي لسراج المسجد، لا يجوز، حتى يقول: يسرج بها في المسجد، وهو نظير ما لو أوصى بثلث ماله لدواب فلان، لا يجوز. ولو أوصى بثلث لتعلف به دواب فلان، يجوز.

وفي مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن رجل قال: وقفت داري على مسجد كذا، ولم يزد على هذا وسلمها إلى المتولي صح، وإن لم يشترط التأبيد ولم يجعل آخره للفقراء، قال: وهذا يكون تمليكًا للمسجد وهبة، فيتم[٦] بالقبض، وإثبات الملك للمسجد على هذا الوجه [يصح][٧]، فإن المتولي إذا اشترى بثمن غلة

---

(١) في م: وقفه.
(٢) هكذا في نسخ المخطوط، وينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٢١٢).
(٣) سقط في أ، م.
(٤) في أ: رحمه الله.
(٥) في م: في.
(٦) في أ: فيسمى.
(٧) سقط في أ، م.

المسجد دارًا للمسجد يصح، وكذا من أعطى دراهم في عمارة المسجد، أو نفقة المسجد، أو مصابيح المسجد، يصح.

وكذا إذا اشترى المتولي عبدًا لخدمة المسجد يصح كل ذلك، فيصح هذا بطريق التمليك والهبة، وإن كان لا يصح بطريق الوقف.

قال: والمحفوظ من مشايخي وأستاذي: إذا مرض مرض الموت إذا قال: وقفت داري[١] على مسجد كذا ولم يزد على هذا ولم يسلم الدار يصح ذلك، ويكون وصية تصح بغير قبض وتكون تمليكًا، فكذا هاهنا غير أن فرق ما بينهما أن الحاصل في مرض الموت وصية؛ والوصية تصح بغير تسليم، والحاصل في حالة الصحة هبة ولا تصح [إلا][٢] بالتسليم.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: سئل أبو القاسم - رحمه الله - عمن أوصى بشيء من ماله لعمارة المسجد، قال: [عمارة المسجد][٣] في بنائه دون ترميمه، قيل له: المنارة، [قال: ذلك[٤] من بناء المسجد، فيجوز أن تبنى به المنارة.

وفي هذا الكتاب أيضًا: سئل أبو بكر عن بناء المنارة من[٥] غلة المسجد][٦] قال: إن كان في البناء مصلحة للمسجد، وتفسير المصلحة: أن يكون أسمع للقوم، يجوز، وإن لم يكن [في][٧] البناء مصلحة للمسجد، وتفسيره: أن يكون المسجد في موضع يسمع جميع أهله الأذان من [غير][٨] منارة، لا يجوز.

وسئل أبو نصر عما إذا كان الوقف على مرمة المسجد وهل للقيم شراء السلم من

---

(١) في أ: ولدي.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: عمارته.
(٤) في أ: تذكر.
(٥) في أ: عن.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في م.

ذلك ليرتقي على السطح لكنس السطح وتطيينه؟ وهل يعطى من غلته للذي[١] يخرج السطح[٢] ويكنسه ويخرج ما اجتمع فيه من التراب، قال: للقيم أن يفعل ما في تركه خراب المسجد.

وسئل أبو بكر عمن أوصى بثلث ماله لأعمال البر هل يجوز أن يسرج في المسجد؟ قال: يجوز، [قال][٣]: ولا يجوز أن يزاد على سراج المسجد [سواء][٤] كان في شهر رمضان أو غيره؛ لأن فيه إسرافًا، قال: ولا يزين به المسجد.

وسئل الفقيه أبو جعفر عن مسجد بابه على مهب الريح فيصيب المطر باب المسجد، فيضره ويبتل داخل المسجد وخارجه، ويشق على الناس الدخول في المسجد أيجوز أن يتخذوا من غلة المسجد ظلة؟ قال: إن لم يضر بأهل الطريق يجوز في «وقف الخصاف».

* * *

(١) في أ: التي.
(٢) في أ: الثلج.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

نوع آخر في المسائل التي تعود إلى قيِّم المسجد وما يتصل به:

في «فتاوى أبي الليث»: سئل الفقيه أبو القاسم عن قيم مسجد جعله القاضي قيمًا على غلاتها وجعل له شيئًا معلومًا يأخذ كل سنة، حل له الأخذ إذا كان مقدار أجر مثله؛ لأن للقاضي أن يستأجر أجيرًا بأجر مثله لذلك، وإن لم يشترط الواقف ذلك، لا يحل للقاضي نصب الخادم بالأجر، فلا يحل للخادم القبض أيضًا، هكذا.

[وذكر في موضع آخر: أن متولي المسجد إذا استأجر إنسانًا ليكنَس المسجد، ويغلق الباب ويفتحه بمال المسجد، جاز.

وذكرنا قبل هذا: أن المتولي إذا اشترى عبدًا لخدمة المسجد بمال المسجد، يجوز.

وهذا المسألة دليل على جواز نصب الخادم بمال المسجد، ومتولي المسجد إذا تعذر عليه الحساب بسبب أنه أمي استأجر من يكتب له ذلك بمال المسجد، لا يجوز][(١)].

في «فتاوى أبي الليث» أيضًا: مسجد له مستغلات وأوقاف، فأراد المتولي أن يفرش الآجر، أو يشتري[(٢)] الحصير، أو الدهن للمسجد، أو ما أشبهه، أما فرش الآجر فله ذلك؛ لأنه من باب البناء، وأما شراء الدهن والحصير فلا يخلو[(٣)] من ثلاثة أوجه: إما أن وسع الواقف ذلك على القيم بأن قال: يفعل القيم ما يرى [من][(٤)] مصلحة المسجد وبنائه[(٥)]، وفي هذا الوجه: له ذلك.

وإما أن لم يوسع عليه وجعله لعمارة المسجد وبنائه[(٦)] وفي هذا الوجه: ليس له

(١) سقط في م.
(٢) في م: يفرش.
(٣) في م: فحينئذ.
(٤) سقط في أ، م.
(٥) في م: فيه.
(٦) في م: فيه.

ذلك.

وإما أن لم يعرف شرط الواقف، وفي هذا الوجه: ينظر [إلى][(١)] من قبله إن كانوا يشترون منه الدهن والحصير والحشيش[(٢)]، له أن يفعل ذلك، وما لا فلا.

وقيل: ذكر المصلحة والعمارة وتركه سواء، ولا يتمكن المتولي من شراء الدهن والحصير.

وإذا أراد أن يصرف [شيئًا][(٣)] من ذلك إلى إمام المسجد والمؤذن، فليس له ذلك إلا إذا كان الواقف شرط ذلك في الوقف.

قيم المسجد إذا أراد أن يبني حوانيت في حد المسجد [أو في][(٤)] فنائه لا يجوز، أما المسجد: فلأنه إذا جعل مسكنًا يسقط حرمة المسجد، وأما الفناء: فلأنه تبع المسجد.

مسجد له أوقاف مختلفة، لا بأس للقيم أن يخلط غلتها [كلها][(٥)]، وإن خرب [حانوت منها فلا بأس بعمارته من غلة][(٦)] حانوت آخر؛ لأن الكل للمسجد، ويستوي في ذلك إذا كان الواقف واحدًا أو كان[(٧)] مختلفًا؛ لأن المعنى يجمعهما.

متولي وقف عليه مشرف، ليس للمشرف أن يتصرف في أمور الوقف؛ لأن المفوض إلى المشرف الحفظ لا غير.

وفي فتاوى الأصغر: متولي الوقف إذا أنفق على قناديل المسجد[(٨)] من وقف المسجد، جاز، وقد ذكرنا قبل هذا بخلافه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: والخشب.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: إلى.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في م.
(٧) زاد في أ: الواقف.
(٨) في م: الوقف.

متولي المسجد إذا اشترى بمال المسجد حانوتًا أو دارًا ثم باعها، جاز إذا كان[١] له ولاية الشراء، وهذه المسألة [بناء][٢] على مسألة أخرى: أن متولي المسجد إذا اشترى من [غلة المسجد][٣] دارًا أو حانوتًا، فهذه الدار وهذه الحوانيت هل تلتحق بالحوانيت الموقوفة على المسجد؟

ومعناه: أنه هل يصير وقفًا؟

اختلف المشايخ فيه: قال الصدر الشهيد: المختار أنه لا[٤] يلتحق ولكن تصير مستغلًا للمسجد، وهذا لأن[٥] الشرائط التي يتعلق بها لزوم الوقف وصحته حتى لا يجوز فسخه ولا بيعه، لم توجد شيء من ذلك هنا؛ فلم يصر وقفًا فيجوز بيعه.

وفي [فتاوى][٦] الفضلي: [المتولي][٧] إذا اشترى منزلًا من الدراهم التي جمعت من أوقاف[٨] المسجد للمسجد ودفع المنزل إلى المؤذن ليسكن فيه، يكره للمؤذن السكنى إذا علم بذلك؛ لأن المنزل صار من مستغلات المسجد.

وفي نسخة أخرى: إن لم يضف[٩] الشراء إلى الدراهم يحل ولا يكره.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله -: استأجر أرضًا موقوفة على مصالح مسجد من متوليه سنة بكذا، ثم دفعها إلى آخر مزارعة بالنصف ففعل، ثم إن أهل المحلة زعموا أن الآجر لم يكن متوليًا، قال: يثبت المستأجر بالبينة كون الآجر متوليًا، فإن لم يجد فالغلة [تكون][١٠] للمستأجر وعليه أجر المثل للمسجد.

---

(١) في أ: كانت.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: غلته.
(٤) في أ: أن.
(٥) زاد في أ: صحة الوقف و.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في أ، م.
(٨) في أ: دراهم.
(٩) في أ: يضمن.
(١٠) سقط في م.

وفيه أيضًا: متولي المسجد استصنع محرابا للمسجد إلى النجار في خشب معلوم وعمل وصناعة معلومة، قال: لا يصح؛ لأنه لا تعارف في هذا الاستصناع، وكذا في الأبواب والسلالم والسور، والوجه فيه: أن يوصف له فيعمل، فإذا أتمه يشتريه بما اتفقوا [عليه][١] فيصح.

* * *

(١) سقط في م.

نوع آخر في تصرف أهل المسجد[١]:

ولو أن بناء مسجد انهدم ولم يمكن إعادته - يعني: النقض - بعينه إلى البناء فباع أهل المسجد النقض، يجوز ويصرف ثمنه إلى عمارة المسجد لما ذكرنا.

وقوله: (فباع أهل المسجد) يحتمل أن يكون المراد منه: باعه قيم المسجد إلا أنه أضيف بيعه إليهم؛ لأن القاضي قلده ذلك باختيارهم، فصار فعل مختارهم كفعلهم، ويحتمل أن يكون المراد منه أهل الجماعة، وهذا هو الظاهر.

وروي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أنه قال: إن كان أصحاب الخطة أحياء فتدبير ذلك النقص إليه؛ لأن تدبير المسجد إليهم؛ لأن الظاهر أن أصحاب الخطة يبنون المسجد بأموالهم فما بقي واحد منهم، فالتدبير في المسجد إليهم دون السكان، فإذا انقرضوا فأولادهم الذكور والبالغون بمنزلتهم، فإن انقرضوا ولم يكن لهم [ولد][٢] بالغ، فالتدبير إلى السكان، واعتبر هذه الفصول بالقسامة.

في فتاوى أبي الليث: مسجد بجنبه نهر ماء، فانكسر حائط المسجد من ذلك [الماء][٣] ينبغي لأهله أن يرفعوا الأمر إلى القاضي ليأمر القاضي أهل النهر بإصلاحه، حتى إن بعد أمره إذا لم يصلحوا و[٤] انهدم حائط المسجد ضمنوا قيمة ما انهدم؛ لأنهم صاروا متسببين للتلف بترك الإصلاح، وهذا التسبب لمكان[٥] بعد الإشهاد.

وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في نفقاته عن مشايخ بلخ - رضي الله عنهم -: أن المسجد إذا كان له أوقاف ولم يكن لها متول، فقام واحد من أهل المحلة في جميع الأوقاف وأنفق على المسجد فيما يحتاج إليه

(١) في أ: المحلة.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: لو.
(٥) في م: لما كان.

من الحصير والحشيش وغير ذلك، لا ضمان عليه فيما فعل استحسانًا فيما بينه وبين الله تعالى، [فأما إذا][١] أخبر الحاكم بذلك وأقر به عنده، ضمنه الحاكم.

وفي «الواقعات» للصدر الشهيد - رحمه الله -: وقف صحيح على مصالح مسجد فمات القيم فاجتمع أهل المسجد وجعلوا رجلًا متوليًا بغير أمر القاضي، فقام هذا المتولي مدة على ذلك وصرف من غلاته وأنفق على[٢] المسجد بالمعروف، تكلم المشايخ في جواز هذه التولية، قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: لا يجوز؛ لأنه ليست لهم[٣] هذه الولاية، ولا يضمن هذا المتولي ما أنفق من مال نفسه؛ لأنه لما آجر الدار، والدار وقف ولا ولاية له عليها، صار بالإجارة غاصبًا فتكون الأجرة له، وفيه نظر.

وفي مجموع النوازل: [سئل][٤] شيخ الإسلام - رحمه الله - عن أهل مسجد اتفقوا على نصب رجل متوليًا لمصالح مسجدهم فتولي ذلك باتفاقهم، هل يصير متوليًا مطلق التصرف في مال المسجد على حسب ما لو قلده القاضي؟ قال: نعم.

وقال: ومشايخنا المتقدمون يجيبون عن هذه المسألة ويقولون: نعم، والأفضل أن يكون ذلك بإذن القاضي، ثم اتفق مشايخنا المتأخرون وأستاذونا أن الأفضل أن ينصبوا متوليًا ولا يعلموا به القاضي في زماننا، لما عرف من طمع القضاة في أموال الأوقاف.

وسئل القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي - رحمه الله - عن أهل مسجد تصرفوا في أوقاف المسجد، يعني أجروا المستغل وله متولي، قال: لا يصح تصرفهم، ولكن الحاكم يمضي [ما فيه][٥] مصلحة المسجد.

---

(١) في أ: فإذا.
(٢) زاد في أ: أهل.
(٣) في أ: له.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.

قيل: هل يفترق الحال بين أن يكون المتصرف واحدًا أو اثنين؟ قال: لا، بعد أن يكون المتصرف من الأماثل رئيس المحلة ومتصرفها.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل بنى مسجدًا في السكة فنازعه بعض أهل السكة في عمارته أو في نصب الإمام أو المؤذن، ففي العمارة الباني أولى؛ لأن العمارة من البناء وهو الباني، وفي نصب الإمام أو المؤذن تكلموا، قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: المختار أن الباني أولى إلا إذا كان القوم يريدون من هو أصلح ممن يريد الباني فحينئذ هم أولى.

وفي آخر كتاب كراهية إملاء أبي يوسف - رحمه الله - في رجل بنى مسجدًا أو جعل له مؤذنًا فأذن هو فيه وكرهه أهل المسجد وقالوا: نجعل مؤذنا غيرك، فليس ذلك لهم، إنما الأمر في ذلك إلى الذي بناه.

قيل: وإن كان فاسقًا.

وكذلك إن[1] أقام لهم إمامًا فأمهم وكرهه أهل المسجد، ليس لهم ذلك إلا أن يكون فاسقًا فيجعل غيره إمامًا.

[وفي فتاوى النسفي - رحمه الله -: استأجر أرضًا موقوفة على مصالح مسجد من متوليه سنة بكذا، ثم دفعها إلى آخر مزارعة بالنصف ففعل، ثم إن أهل المحلة زعموا أن الآجر لم يكن متوليًا قال: يثبت المستأجر بالبينة كون الآجر متوليًا، فإن لم يجد فالغلة تكون للمستأجر وعليه أجر المثل للمسجد.

وفيه أيضًا: متولي المسجد استصنع محراب المسجد إلى النجار في حسب معلوم وعمل وصناعة معلومة، قال: لا يصح؛ لأنه لا تعارف في هذا الاستصناع، وكذا في الأبواب والسلاليم والسور، والوجه فيه: أن يوصف له فيعمل ما إذا. . . . منه بما أنفقوا عليه فيصح][2].

---

(١) في أ: إذا.
(٢) سقط في أ.

وفي فتاوى النسفي[١]: سئل عن أهل محلة باعوا وقف المسجد لأجل عمارة المسجد قال: لا يجوز بأمر القاضي وغيره.

قيل: إن كان أهل المسجد اشتروا عقارًا بغلات المسجد للمسجد هل لهم بيعه لعمارة المسجد؟

قال: فيه اختلاف المشايخ؛ وينبغي ألا يكون في هذا الفصل اختلاف المشايخ؛ لأنه لا ولاية لأهل المحلة في شراء العقار للمسجد فلم يصح شراؤهم أصلاً للمسجد، فيصح بيعهم بلا خلاف، بخلاف مسألة المتولي.

* * *

(١) في م: المنتقى.

الفصل المكمل[1] عشرين
في المسائل التي تعود إلى الرباطات، والمقابر، [والخانات][2] والحياض، والطرق، والسقايات

قال محمد - رحمه الله -: إذا جعل أرضه مقبرة للمسلمين جاز، وليس له أن يرجع فيها بعد تمامها، وتمامها أن يقبر فيها إنسان واحد بإذنه أو أكثر من ذلك، وهل يتم بالتسليم إلى المتولي؟ فلا[3] رواية عن أصحابنا - رحمهم الله -، وقد اختلف المشايخ فيه، وكذلك إذا جعلها خانا للمارة من المسلمين وخلى بينهم وبينها، فإذا نزلها [بإذنه رجل واحد][4] أو أكثر، فلا سبيل له بعد ذلك عليها، وإن مات لم يكن شيء من ذلك ميراثًا، وإذا سلمها إلى المتولي لم يتم القبض. ذكره محمد - رحمه الله - في الأصل.

فعلى قول من قال في مسألة المقبرة: إن القبض لا يتم بالتسليم إلى المتولي، يحتاج إلى الفرق بين المقبرة والخان.

والفرق: أن المقبرة لا يكون لها متول في العادة، فلا يعتبر قبضه بخلاف الخان، وكذلك السقاية يجعلها في أرضه فيسقون ويشربون ويتوضؤون، فشرب منها إنسان أو سلمها إلى المتولي، فليس له أن يرجع بعد ذلك عنه، وكذلك الحوض والبئر يجعله في أرضه، قال: ولا بأس بأن يشرب منه ويسقي دابته وبقره[5] ويتوضأ منه.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: إنما أجاب عن حياضهم[6] وبئرهم،

---

(1) في أ: الموفي.
(2) سقط في أ.
(3) في أ: ولا.
(4) في أ: واحد بإذنه.
(5) في أ: وبعيره.
(6) الحياض: حَوْض الماء، جمعه: أحواض، وحِياض، وأصل حياض بالواو، لكن قلبت ياء للكسرة قبلها. من ثوب وأثواب وثياب. ينظر: المصباح المنير (١/ ١٥٦)، مادة (ح، و، ض).

أما السقاية التي تكون في بلادنا إذا جعلها للشرب فأراد إنسان أن يتوضأ بها اختلف المشايخ فيه، وأجمعوا أنه إذا وقف للوضوء أنه لا يجوز الشرب منه، وكذلك إذا جعل داره سكنى للمساكين ودفعها إلى وال يقوم بذلك، فليس له أن يرجع فيها.

وكذلك الرجل يكون له الدار بمكة فجعلها سكنى للحاج[١] والمعتمرين ودفعها إلى والٍ يقوم عليها ويسكن فيها من رأى، ليس[٢] له أن يرجع فيها، وكذلك إذا جعل داره [في ثغر][٣] سكنى للغزاة والمرابطين ودفعها إلى والٍ يقوم عليها، فليس له أن يرجع فيها، وإن مات لم يكن ميراثًا عنه، وإن لم يسكنها أحد.

والحاصل: أن التسليم على قول من يشترط التسليم وهو محمد - رحمه الله - يكون بأحد طريقين: إما بإثبات اليد للقيم عليها أو بحصول المقصود وذلك بالسكنى في مسألة الدار، وبالنزول في مسألة الخان، وبالدفن في مسألة المقبرة وما أشبه ذلك.

وعند أبي يوسف - رحمه الله -: التسليم ليس بشرط، فلا يشترط إثبات يد القيم في هذه المسائل، ولا حصول المقصود بالدفن أو النزول أو الشرب، ويكتفي بالإشهاد على ذلك.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: في جميع ما ذكرنا، له أنه يرجع فيه ويبطل ما صنع فيه.

قال محمد - رحمه الله - عقيب ذكر هذه المسائل: فأما السكنى فلا بأس بأن يسكنها الغني والفقير، يريد به: إذا جعل داره سكنى للغزاة أو سكنى للحاج والمعتمرين يجوز [في الغزاة، وللحاج][٤] أن يسكنها كما يجوز للفقير.

---

(١) في أ: الحاج.
(٢) في أ: فليس.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: للغني من الغزاة.

وكذلك نزول الخان والدفن في المقبرة يستوي فيه الغني والفقير، فأما غلة الدار والأرض إذا حصلت للغزاة، فلا يعجبني أن يأخذ منها إلا من هو محتاج.

علل فقال: لأن الغلة مال يملك، والتقرب إلى الله تعالى بتمليك المال يكون من المحتاج خاصة دون الغني بخلاف السكنى، وحقيقة الفقه في العرف[١]: أن الغني مستغن عن مال الصدقة بمال نفسه غير مستغن عن النزول في الخان والسكنى في الدار، والدفن في المقبرة بماله، ولا[٢] يمكنه أن يتخذ ذلك في كل منزل وربما لا يجد ما يستأجره، ولأجل[٣] هذا المعنى سوينا بين الفقير والغني في ماء السقاية والحوض والبئر.

قال الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا جعل الرجل داره سكنى للغزاة، فسكن بعض الغزاة بعض الدار والبعض فارغ لا يسكنها أحد ينبغي للقيم بأمر هذا الوقف أن يكري من هذه الدار ما لا يحتاج إلى سكناه ويجعل أجر ذلك في عمارة هذه الدار، فما فضل بعد ذلك فرقه[٤] على الفقراء والمساكين.

وفي النوادر: إذا بنى خانًا واحتاج [إلى المرمة][٥]، روي عن محمد - رحمه الله -: أنه يعزل منها ناحية بيتًا أو بيتين فيؤاجر وينفق من غلتها عليها.

وروي عن محمد رواية أخرى: أنه يؤذن للناس بالنزول سنة ويؤاجر سنة أخرى ويرم من أجره، وهكذا إذا جعل فرسه حبيسًا فإن كان [ترك عليه][٦] مجاهدًا يركبه وينفق عليه، وإن لم يركبه أحد يؤاجر وينفق عليه من أجرته.

قال الشيخ الإمام أبو العباس الناطفي - رحمه الله -: قياسه في المسجد أن يجوز

---

(١) في أ: الفرق.
(٢) في أ: إذا لم.
(٣) في أ: فلأجل.
(٤) في أ: يفرقه.
(٥) في أ: للمرمة.
(٦) في أ: يركب عليها.

إجارة سطحه لمرمته.

قال الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا جعل داره بمكة لسكنى[١] الحاج فليس للمجاورين أن يسكنوها، وإذا مضى أيام الموسم أكريت وينفق عليها في[٢] مرمتها، وما فضل بعد ذلك فرق على المساكين والفقراء.

وفي المنتقى: إذا جعل فرسه حبيسًا[٣] يحبس في الرباط ويغزى عليه، فإذا استغنى عنه يؤاجره الإمام بقدر علفه، فإن لم يوجد من يستأجره يبيعه الإمام ويوقف ثمنه حتى إذا احتيج إلى ظهر يشتري بثمنه فرسًا ويغزى عليه.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل بنى رباطًا للمسلمين على أن يكون في يده مادام حيًا، فليس لأحد أن يخرجه من يده ما لم يظهر منه أمر يستوجب الإخراج من يده كشرب الخمر أو ما [أشبه ذلك][٤] من الفسوق الذي[٥] ليس فيه رضا الله تعالى؛ لأن شروط الواقف يجب اعتبارها ولا يجوز تركها إلا لضرورة.

وفيه أيضًا: رباط المختلفة إذا كان فيها سكان وانهدم الرباط فبني فأراد الساكنون الذين كانوا فيها أن يسكنوها، وأراد غيرهم ذلك، فهذا على وجهين:

إما أن انهدم بعضها، وفي هذا الوجه: الذين كانوا فيها أحق من غيرهم[٦]؛ لأن سكناهم باق، وكذلك إذا لم ينهدم أصلاً كأن[٧] زيد فيه أو نقص عنه، فالذين كانوا فيها أحق من غيرهم لما ذكرنا.

وإما أن انهدم كلها، وفي هذا الوجه: الذين كانوا فيها وغيرهم في السكنى على

---

(١) في أ: سكنى.
(٢) في أ: من.
(٣) في م: حبسًا.
(٤) في أ: أشبهه.
(٥) في أ: التي.
(٦) زاد في أ: لما ذكرنا وأما إن انهدم.
(٧) في أ: ولكن.

السواء، لأن سكناهم قد بطل وهذا ابتداء السكنى.

وفيه أيضًا: رجل جعل قطعة [من][١] أرضه مقبرة ودفنوا فيها، ثم إن رجلاً من أهل تلك القرية بنى فيها بناء لوضع اللبن [وأدّاه الغير واحتبس][٢] فيه رجلاً يحفظ المتاع بغير رضا الباقين من أهل القرية، فهذا على وجهين: إن كان في أرض المقبرة سعة لا يحتاج إلى ذلك المكان اليوم لا بأس به، وإن لم يكن في أرض المقبرة سعة واحتاجوا إلى ذلك المكان [اليوم][٣] يرفع البناء ويدفن فيه.

قال هلال - رحمه الله - في وقفه: إذا اشترى الرجل موضعًا وجعله طريقًا للمسلمين وأشهد عليه فإنه يصح، ويشترط لتمامه مرور واحد من المسلمين على قول من يشترط التسليم في الأوقاف، وعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يصح ويكون له حق الرجوع.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه لا رجوع في المقبرة في الموضع الذي دفن؛ لأنه يؤدي إلى نبش الميت، [وأنه صحيح وله الرجوع][٤] فيما بقي.

وحكي عن الحاكم الملقب بالمهرون أنه قال: وجدت في النوادر عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه أجاز وقف المقبرة والطريق، فهذه الرواية استفيدت من جهته.

قال هلال - رحمه الله -: وكذلك القنطرة[٥] يتخذها الرجل للمسلمين ويتصرفون فيها، لا يكون بناؤها ميراثًا للورثة وقد صار وقفًا، فقد خص بناء القنطرة بإبطال الميراث فيها، وهذا يدل على أن موضع بناء القنطرة لم يكن ملكًا للباني،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: واداء القبر وأجلس.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) القنطرة: الطريق فوق الماء، وهي: الجسر أيضًا.
ينظر: المعجم الوسيط، مادة (قنطر).

وهذا هو الظاهر، فإن[١] الإنسان إنما يحتسب بناء[٢] القنطرة على نهر العامة، فتدل هذه الرواية على جواز وقف البناء [دون أصل البقعة][٣] وقد ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم.

مقبرة كانت للمشركين أرادوا أن يجعلوها مقبرة للمسلمين فهذا على وجهين:

إن كانت آثارهم قد اندرست فلا بأس بذلك، وإن بقي آثارهم بأن بقي شيء من عظامهم فإنه ينبش [ويقبر][٤] ثم يجعل مقبرة للمسلمين.

ألا ترى أن موضع مسجد رسول الله ﷺ كان مقبرة للمشركين فنبش واتخذ مسجدًا.

رجل له دار أراد أن يجعلها رباطًا للمسلمين ويبيعها ويتصدق بثمنها، أو يبيعها ويشتري بثمنها عبدًا فيعتقه [أيُّ ذلك أفضل؟ حكي عن عليّ بن أحمد - رحمه الله -: إن جعلها رباطًا أفضل؛ لأن منفعة الرباط أدوم.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: إن جعلها رباطًا وجعل لها وقفًا لعمارتها فجعلها رباطًا أفضل، وإن لم يجعل لعمارتها وقفًا فالأفضل أن يبيعها ويتصدق بثمنها؛ لأنه إذا لم يكن للرباط وقف يخرب ويصير مأمنًا للسراق وفي ذلك ضرر بالمسلمين، فيبيعها ويتصدق بثمنها، ودون ذلك في الفضل أن يشتري][٥] بثمنها عبدًا فيعتقه.

الميت بعد ما دفن لا يخرج [من غير][٦] عذر.

ألا ترى أن كثيرًا من الصحابة رضوان الله عليهم دفنوا في أرض الحرب ولم

---

(١) في أ: لأن.
(٢) في أ: ببناء.
(٣) في أ: البقعة دون العرصة.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: إلا من.

يحولوا؛ لأنه لا عذر، ويجوز[١] إخراجه بعذر، والعذر أن يظهر أن الأرض مغصوبة أو أخذها الشفيع بالشفعة.

رباط كثرت دوابه وغلت[٢] مؤنتها، هل للقيم أن يبيع شيئًا منها وينفق ثمنها في علفها أو في [مرمة الرباط؟][٣] فهذا على وجهين: إن بلغ سن البعض [إلى حد][٤] لا يصلح لما ربطت له فله ذلك وما لا فلا، ولكن يمسك في هذا الرباط مقدار ما يحتاج إليها، ويربط ما زاد على ذلك في أدنى الرباط إلى هذا الرباط.

سئل القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي عن مسجد لم يبق له قوم وخرب ما حوله واستغنى الناس عنه هل يجوز جعله مقبرة؟ قال: لا.

وسئل هو أيضًا عن المقبرة في القرى إذا اندرست ولم يبقَ فيها أثر الموتى لا العظم ولا غيره هل يجوز زراعتها واستغلالها؟ قال: لا، ولها حكم المقبرة.

وسئل هو أيضًا عن رجل وقف أرضًا على المقبرة أو على صوفي خانة بشرائطه، هل يصح؟ قال: لا.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: امرأة جعلت قطعة أرض لها مقبرة وأخرجتها من يدها ودفن فيها ابنها، وتلك القطعة لا تصلح للمقبرة لغلبة الماء عندها فيصيبها فساد فأرادت بيعها، فإن كانت الأرض بحال لا يرغب الناس عن[٥] دفن الموتى فيها لقلة الفساد، ليس لها البيع؛ لأنها صارت مقبرة، وإن كان[٦] يرغب الناس عن دفن الموتى فيها لكثرة الفساد فلها البيع؛ لأنها لم تصر مقبرة، فإذا باعتها، للمشتري أن يأمرها برفع ابنها عنها؛ لأنها صارت ملكًا للمشتري.

---

(١) في م: في.
(٢) في أ: وعظمت.
(٣) في أ: مرمته.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: في.
(٦) في أ: كانت.

فيه أيضًا: حفر قبرًا في مقبرة وقفًا، فأراد آخر أن يدفن فيها ميتة، فإن كان في المكان سعة لا يدفن؛ [لأنه يوحش صاحبه الذي حفر، وإن لم يكن فيه سعة يدفن][١]، ونظير هذا من بسط المصلى في المسجد، أو نزل في الرباط فجاء آخر، فإن كان في المكان سعة لا يزاحم الأول، وإن لم يكن فيه سعة يزاحمه، ثم إذا كان في المكان سعة ومع هذا دفن فيه غير الحافر لا يكره، هكذا قال الفقيه أبو الليث.

قال: لأن الذي حفر لا يدري بأي أرض يموت.

في آخر غصب «فتاوى أهل سمرقند»: حفر قبرًا فدفن فيه غيره ميتة؛ لا ينبش القبر لكن يجب قيمة حفره حتى يحفر [آخر][٢] فيدفن فيه، ولم يرد به أن الحفر كان في ملك الحافر؛ لأن في هذه الصورة ينبش القبر فيفرغ ملك المالك، وإنما أراد به أن الحفر كان في [غير ملكه][٣] بأن كان في أرض مباح أو [في][٤] مقبرة.

وبنحوه ذكره[٥] في آخر كراهية «واقعات الناطفي» فقال: إذا حفر قبرًا في غير ملكه ليدفن فيه ميتًا له، فدفن غيره ميته لا ينبش القبر ولكن يضمن قيمة حفره وكان فيه رعاية الحفر.

وإن دفن الميت في أرض غيره بغير إذن المالك، فالمالك بالخيار إن شاء أمر بالإخراج، وإن شاء سوى الأرض وزرع فوقها؛ لأن الأرض ملكه ظاهرها وباطنها، فكان له أن يستخلص الظاهر والباطن، وله أن يترك الباطن وينتفع بالظاهر.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: في مواضع موات على شط جيحون عمرها أقوام واستولوا عليها؛ كان للسلطان أن يأخذ العشر من غلاتها، وهذا الجواب

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ملك غيره.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: ذكر.

مستقيم على قول محمد - رحمه الله-؛ لأن ماء الجيحون عنده عشري والمؤنة تدور مع الماء، فلو[١] أباح السلطان من ذلك للرباط شيئًا فأراد المتولي أن يصرف من ذلك إلى مؤذن الرباط فله ذلك، وإن كان المؤذن فقيرًا ويطيب للمؤذن الأكل إذا كان فقيرا ولا يحل صرفه إلى الرباط، لأن مصرف العشر للفقراء، وإن أرادوا الحيلة في ذلك: أن يصرف إلى الفقراء، ثم الفقراء يصرفون إلى الرباط، وكذلك من عليه الزكاة إلى بناء المسجد أو القنطرة لا يجوز، وإن أرادوا الحيلة، فالحيلة: أن يتصدق المتولي على الفقراء، ثم الفقير يدفعه إلى المتولي، والمتولي يصرف ذلك الرباط ثمارًا لا[٢] قيمة لها نحو التوت وما شاكل[٣] ذلك فلا بأس للنازلين أن يتناولوا منها، وإن كان ثمارًا لها قيمة فالاحتراز عن ذلك أحوط لدينه؛ لأنه يحتمل أنه جعل ذلك وقفًا للفقراء دون النازلين فيها، وهذا إذا لم يعلم أنه وقف على الفقراء، أما إذا علم ذلك لا يحل لغير الفقراء[٤] أن يتناولوا منها.

في فتاوى أبي الليث: رجل دفع إلى خادم دار عمران وهي دار يسكنها الفقراء بدراهم وأمره أن يشتري بها خبزًا ولحمًا وينفق على المقيمين فيها، فلم يحتج الخادم ذلك اليوم إلى الخبز واللحم [وقد كان اشترى قبل ذلك الخبز واللحم][٥] بالنسيئة، فقضى ذلك الدين بهذه الدراهم، ضمن؛ لأنه خالف أمره، والله أعلم.

* * *

---

(١) في أ: لما.
(٢) في م: لها.
(٣) في م: شاكله.
(٤) في - الفقير.
(٥) سقط في م.

الفصل الحادي والعشرون
في المسائل التي تعود إلى وقف الأشجار
وفي الأشجار التي تكون في المقبرة والمسجد وفي طريق العامة

رجل وقف شجرة بأصلها، صح سواء كانت الشجرة منتفعة بثمارها أو بأوراقها أو كانت منتفعة[١] بذاتها؛ لأنه وقفها مع الأرض، فبعد ذلك ينظر: إن كانت منفعته بثمارها وأوراقها لا يقطع أصلها إلا إذا فسدت أغصانها، وإن كانت منتفعة بذاتها يقطع أصلها ويتصدق بثمنها؛ لأن طريق الانتفاع بها في هذه الصورة هذا[٢].

[إذا][٣] وقف شجرة بأصلها على مسجد فيبست أو يبس بعضها، فيقطع اليابس ويترك الباقي؛ لأن اليابس لا ينتفع به إلا بالقطع بخلاف غير اليابس.

أراض موقوفة على الفقراء استأجرها رجل من المتولي وطرح فيها السرقين وغرس الأشجار، ثم مات المستأجر، فالأشجار ميراث للورثة؛ لأنها ملك [المورث ويؤخذون بقلعها؛ لأن الإجارة قد انفسخت بموت المستأجر، فلو أراد الورثة أن يرجعوا في الوقف بما زاد السرقين في الأراضي ليس لهم ذلك.

رجل غرس أشجارًا في الشارع ثم مات الغارس وترك ابنين فجعل أحدهما حصته للمسجد، لا يكون للمسجد؛ لأن حصته شائعة في المنقول.

رجل غرس أشجارًا في ضيعته وقال لامراته في صحته: إذا مت أنا فبيعي هذه الأشجار واصرفي ثمنها في [كفني وثمن][٤] الخبز للفقراء، و[٥] الدهن لسراج مسجد بعينه، ثم مات وترك امرأته هذه وورثة كبارًا فاشترى الورثة الكفن من

---

(١) في م: منفعته.
(٢) في أ: هكذا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: كفني، وفي م: كذا في.
(٥) في م: وفي.

الميراث وجهزوه، تباع الأشجار ويطرح من ثمن الأشجار مقدار الكفن، يعني يدفع من الثمن[١] هذا المقدار، وتصرف [المرأة][٢] الباقي إلى الخبز ودهن السراج؛ لأن الزوج أمرها بصرف الثمن [في ثلاثة][٣] أشياء فيجب قسمته على هذه الأشياء الثلاثة.

رجل وقف ضيعة له على بناته وأولادهن أبدًا ما تناسلوا وآخره على الفقراء، ثم غرس الواقف فيها شجرًا، فإن غرس من غلة الوقف فالشجر[٤] للواقف، وإن غرس من مال نفسه، فإن قال عند الغرس: إنه للوقف، فهو للوقف، وإن لم يذكر شيئًا فهو ميراث عنه.

قرية وقفت على أرباب مسلمين في يد متولٍ، باع هذا المتولي ورق أشجار التوت، جاز؛ لأن هذا بمنزلة الغلة، ولو أراد المشتري قطع قوائم هذه الأشجار يمنع؛ لأن هذا ليس بمبيع.

في مجموع النوازل: سئل نجم الدين عن أشجار في المقبرة هل يجوز صرفها في عمارة المسجد؟ قال: [نعم][٥] إن لم تكن وقفا على وجه آخر، قيل له: فإن تداعت حوائط المقبرة إلى الخراب أيصرف اليها أو إلى المسجد؟ قال: إلى ما وقف عليه إن عرف، وإن لم يكن للمسجد متول ولا للمقبرة فليس [له][٦] التصرف فيها بدون إذن القاضي.

وسئل هو أيضًا عن رجل غرس تالة في مسجد فكبرت بعد سنين فأراد[٧] متولي

---

(١) زاد في أ: من.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: بثلاثة.
(٤) في أ: فالشجرة.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: وأراد.

المسجد أن يصرف هذه الشجرة إلى عمارة بئر في هذه السكة، والغارس يقول: هي لي فإني [ما][١] وقفتها على المسجد، قال: الظاهر أن الغارس جعلها للمسجد فلا يجوز صرفها إلى البئر، ولا يجوز للغارس صرفها إلى حاجة نفسه.

في فتاوى أهل سمرقند: مسجد فيه شجرة تفاح يباح للقوم أن يفطروا بهذا التفاح؟ قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: والمختار أنه لا يباح؛ لأنه صار للمسجد فلا يصرف إلا إلى مصالح المسجد، والله أعلم.

* * *

---

(١) سقط في م.

الفصل الثاني والعشرون
في الأوقاف التي يستغنى عنها وما يتصل بها
من صرف غلة الأوقاف إلى وجوه أخر

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: [بئر][١] بنيت بالآجر في قرية فخربت القرية وانقرض أهلها، وعند هذه القرية قرية أخرى فيها حوض يحتاج إلى الآجر، يجوز أن يؤخذ الآجر من تلك البئر وينفق في الحوض؟ فهذا على وجهين:

إما أن يعرف[٢] الباني، وفي هذا الوجه: لا يجوز ذلك إلا بإذن الباني[٣]. وأما إن لم يعرف الباني، وفي [هذا][٤] الوجه: ينبغي أن يتصدق بالآجر على فقير، ثم الفقير ينفق في الحوض؛ لأنه بمنزلة اللقطة.

قال: ولو أراد القاضي أن ينفق ذلك من غير هذا[٥] الطريق لا بأس به، وهذا التفصيل الذي ذكرنا يتأتى على قول محمد - رحمه الله -.

أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - على ما ذكرنا قبل هذا في مسألة الحصير الملقى في المسجد: أنه لا يعود على ملك متخذه بخراب المسجد، بل يحول إلى مسجد آخر لا يتأتى، وينبغي للقاضي أن يصرف الآجر في عمارة الحوض على [قوله][٦].

رباط وعلى باب الرباط قنطرة[٧] لا يمكن الانتفاع بالرباط إلا بمجاوزة القنطرة لكبر[٨] النهر[٩]، خربت القنطرة، وليس للقنطرة غلة يمكن عمارة القنطرة بها. هل

(١) سقط في م.
(٢) في أ: عرف.
(٣) في أ: الإمام.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: هذه.
(٦) سقط في م.
(٧) زاد في أ: على نهر.
(٨) في م: لكري.

يجوز عمارة القنطرة من غلة الرباط؟ فهذا على وجهين:

إن شرط الواقف في الوقف أن يصرف غلة الرباط إلى الرباط وإلى ما فيه مصلحة الرباط، جاز صرف غلة الرباط إلى عمارة القنطرة، [وإن لم يشترط ذلك لا يجوز، وهذا إذا كان الرباط بحال لو لم يصرف الغلة إلى عمارة القنطرة][(١)] يخرب [الرباط][(٢)]، أما إذا كان بحال لو لم يصرف الغلة إلى عمارة القنطرة بخراب الرباط يستحسن في ذلك؛ لأن الرباط ووقفه حق العامة، والقنطرة أيضًا حق العامة، ويجوز التصرف في حق العامة لمنفعة تعود إليهم؛ ألا ترى إلى ما روي عن محمد - رحمه الله - في مسجد ضاق على أهله وبجنبه طريق العامة: أنه لا بأس بأن يلحق بالمسجد من الطريق إذا كان لا يضر بأصحاب الطريق؛ لأن كليهما حق عامة المسلمين، كذا هنا، وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - أيضا.

وفيه أيضًا: قوم جمعوا الدراهم لعمارة قنطرة واشتروا ببعضها الطعام للعمال فاجتمع هناك من لا يعمل، فدعاهم العمال إلى الطعام، فهذه المسألة على وجهين: إن حضر هؤلاء لهداية العمال وإرشادهم والبعث على العمل، ففي هذه الوجه: وسع العمال أن يدعوهم، ووسع لهؤلاء أن يجيبوهم[(٣)]؛ لأنهم كالعمال، فإن حضروا لا لما قلنا بل لأجل النظارة، فإن كانوا قليلاً لا يتمكن بأكلهم نقصان فيما جمع للقنطرة فكذلك الجواب أيضًا، وإن كانوا كثيرًا لا يسعهم.

---

(٩) النهر: واحد الأنهار، ومصدر نهر الشيء: اتسع، وهو الماء الجاري المتسع، ثم أطلق على الأخدود مجازًا، فيقال: جرى النهر، وجف النهر، والأصل: جرى ماء النهر، ومن أسمائه: الكوثر والجدول.

ينظر: التعاريف، للمناوي (١/ ٧١٤)، إكمال الإعلام بتثليث الكلام، لابن مالك، تحقيق: سعد بن حمدان الغامدي، جامعة أم القرى، مكة، ط (١)، ١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م (٢/ ٧٢٨)، اللطائف في اللغة، لأحمد بن مصطفى اللَّبَابِيدي الدمشقي، دار الفضيلة، القاهرة (١/ ٤٢).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: يجتنبوهم.

ولو فضل من الخشب ونحوه شيء فهو على وجهين:

إن كان يقدر على أربابها يشاورهم القيم في ذلك، وإن كان لا يقدر على أربابها فللقيم أن يفعل به ما يرى.

أوقاف على قنطرة، فيبس الوادي وصار الماء إلى سقية أخرى من أرض تلك المحلة، واحتيج إلى عمارة [قنطرة للوادي][١] الجديد، هل يجوز صرف غلة القنطرة الأولى إلى الثانية؟ ينظر: إن كانت القنطرة الثانية للعامة وليس هناك قنطرة أخرى أقرب إلى القنطرة الأولى؟ [جاز][٢] لما ذكرنا قبل هذا.

سئل شمس الأئمة الحلواني عن مسجد[٣] وحوض خرب ولا يحتاج إليه لتفرق الناس، هل للقاضي أن يصرف أوقافه إلى مسجد آخر و[٤] حوض آخر؟ قال: نعم، ولو لم يتفرق الناس [و][٥] لكن استغنى الحوض عن العمارة وهناك مسجد يحتاج إلى العمارة أو على العكس، هل يجوز للقاضي صرف وقف ما استغنى عن العمارة [إلى عمارة][٦] ما هو محتاج إلى العمارة؟ قال: لا.

رباط [استغني عنه وله غلة، فإن كان بقربه رباط صرفت الغلة إلى ذلك الرباط][٧] وإن لم يكن بقربه رباط يرجع إلى ورثة[٨] الذي بنى الرباط، هكذا ذكر المسألة في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: وفيه نظر فيتأمل عند الفتوى.

وقيل: إن عرف من بانيه [فالتصرف][٩] له، وإن لم يعرف فالتصرف إلى

---

(١) في أ: تلفت القنطرة والوادي.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: أو.
(٤) في أ: أو.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: وارثه.
(٩) في م: قال: تصرف.

القاضي.

في فتاوى النسفي: سئل شيخ الإسلام عن أهل قرية افترقوا وتداعى مسجد القرية إلى الخراب وبعض المتغلبة يستولون على خشب المسجد وينقلون[(١)] إلى ديارهم، هل لواحد[(٢)] من أهل المحلة أن يبيع الخشب بأمر القاضي ويمسك الثمن ليصرفه إلى بعض المساجد أو إلى [أهل][(٣)] هذا المسجد؟ قال: نعم.

وحكي أنه [وقعت مثل هذه الواقعة في زمن السيد][(٤)] الإمام الأجل في رباط في بعض الطرق قد خرب، ولا ينتفع المارّ به وله أوقاف عامرة، فسئل هل يجوز صرفها إلى رباط آخر ينتفع الناس به؟ قال: نعم؛ لأن الواقف غرضه من ذلك انتفاع المارة ويحصل ذلك بالثاني[(٥)].

رجل ربط دابة أو سيفًا في رباط وقفًا على الرباط فخرب الرباط واستغنى الناس عنها، يربط في رباط آخر هو أقرب الربط[(٦)] إليه، وقد مر جنس هذا فيما تقدم.

وإذا اجتمع في يد القيم من غلة وقف الفقراء وظهر له وجه من وجوه البر يخاف فواته إن لم يبادر إليه واسترم الوقف، فإنه ينظر: إن لم يكن في تأخير مرمة الوقف إلى الغلة [الثانية][(٧)] ضرر بيّن للوقف بالخراب فإنه يصرف الغلة إلى وجه ذلك البر ويؤخر العمارة إلى الغلة الثانية؛ لأن الجمع بينهما ممكن، وإن كان في تأخير العمارة ضرر بيّن فإنه يصرف الغلة إلى مرمة الوقف وما فضل صرف إلى [ذلك][(٨)] البر؛ لأن عمارة الوقف أهم من إدراك ذلك البر؛ لأن الوقف إذا خرب انقطعت

(١) في م: وينقلبون.
(٢) في م: يجب.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وقع مثله في زمن سئل.
(٥) في م: من الثاني.
(٦) في أ: الرباط.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في م.

الدارة[١] وإذا عمر بقيت الدارة فيمكن إدراك بر آخر إن فات هذا البر.

والمراد من وجه البر ههنا ما يكون فيه تصدق[٢] بالغلة على نوع من الفقراء نحو فكّ أسارى من المسلمين، أو إعانة منقطع من الغزاة، أو ما أشبه ذلك؛ لأن هذا الوقف[٣] على الفقراء والأسارى، والمنقطعون فقراء، فكانوا من أهل التصدق عليهم، فأما عمارة مسجد أو رباط ونحو ذلك فليس للتملك فلا يجوز صرف هذه الغلة إليه؛ لأن التصدق عبارة عن التمليك فلا يتصور إلا ممن هو أهل للتمليك، والله أعلم.

في فتاوى أهل سمرقند: علو وقف [انهدم][٤] وليس له من الغلة ما يمكن عمارة العلو؛ بطل الوقف ورجع حق البناء إلى الواقف إن كان حيًّا، وإلى ورثته إن كان ميتًّا، هكذا ذكر هنا في هذه المسألة.

وجنس هذه المسألة قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: وفيه نظر؛ لأن الوقف بعدما صح بشرائطه لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة.

ومن هذا الجنس قال: حوض في محلة خرب وصار بحيث لا يمكن عمارته واستغنى أهل المحلة عنه، إن كان يعرف واقفه يكون له إن كان حيًّا ولورثته إن كان ميتًّا، وإن كان لا يعرف واقفه فهو كاللقطة في أيديهم يتصدقون [به][٥] على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بالثمن.

ومن هذا الجنس قال: حانوت هو وقف صحيح، احترق البيوت[٦] والحانوت وصار بحال لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء ألبتة، يخرج من الوقفية.

---

(١) في أ: الدار.
(٢) في أ: تصرف.
(٣) في أ: وقف.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: السوق.

ومن هذا الجنس قال: الرباط إذا احترق يبطل الوقف ويصير ميراثًا.

ومن هذا الجنس قال: منزل موقوف وقفًا صحيحًا على مقبرة معلومة فخرب هذا المنزل وصار بحال لا ينتفع به فجاء رجل وعمره وبنى فيه بناء من ماله بغير إذن أحد، فالأصل لورثة الواقف، والبناء [لورثة الباني][١].

ومن هذا الجنس قال: وقف صحيح على أقوام مسمين فخرب ولا ينتفع به وهو بعيد من القرية لا يرغب أحد في عمارته، بطل الوقف ويجوز بيعه، فهذه الجملة من هذا الجنس.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل جمع مالًا من الناس لينفقه في بناء المسجد فأنفق في حاجته من تلك الدراهم، ثم رد بدلها في نفقة المسجد، لا يسعه أن يفعل ذلك[٢]، فإن عرف صاحب ذلك المال رد عليه [أو سأله][٣] تجديد الإذن؛ لأنه دخل في ضمانه فلا يبرأ عنه إلا بالرد إلى المالك أو إلى نائبه ولم يوجد، وإن لم يعرف صاحب المال استأمر الحاكم فيما يستعمله، وإن تعذر عليه ذلك، رجوت له في الاستحسان أن ينفق مثل ذلك من ماله على المسجد فيجوز ذلك، هذا واستئمار الحاكم يجب أن يكون في دفع الوبال عن نفسه، أما الضمان فواجب، فإنه ذكر في وكالة «المبسوط»: أن الوكيل بقضاء الدين إذا صرف مال الموكل إلى قضاء دين نفسه، ثم قضى دين الموكل من ماله ضمن، وكان متبرعًا في قضاء دينه، ولهذا المعنى فسدت أمور البياعين[٤] والسماسرة، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - مسألة الوكيل بقضاء الدين.

وذكر محمد - رحمه الله - مسألة الوكيل بقضاء الدين، وذكر فيها القياس والاستحسان.

---

(١) في م: للذي بنى.
(٢) زاد في أ: فإن فعل.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: الساعين.

والمذكور في وكالة الأصل: إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم وقال: ادفعها إلى فلان قضاء عني، فدفع الوكيل غيرها.

فالقياس: أن يكون متبرعا، [حتى][١] إذا أراد أن يحبس الألف التي دفع إليه لنفسه، لا يكون له ذلك.

وفي الاستحسان: لا يكون متبرعا، وله أن يحبس الألف التي دفع إليه بحقه.

ويبنى على ما ذكر الصدر الشهيد مسائل ابتلي بها أهل العلم والصلحاء، منها:

إذا سأل الفقير أشياءً وخلط[٢] بعضها ببعض، يصير ضامنًا بجميع ذلك، وإذا أدى صار مؤديًا من مال نفسه ويصير ضامنًا لهم، ولا يجزئهم عن زكاتهم، فيجب أن يستأذن الفقير ليأذن له بالقبض، فيصير خالطًا ماله بماله.

ومنها: مال مرد إذا قام وسأل الفقير شيئًا بغير أمره فهو أمين، فإن خلط مال البعض بمال البعض يصير مؤديًا من مال نفسه ويصير ضامنًا لهم، ولا يجزئهم عن زكاتهم، فيجب أن يأمره[٣] الفقير أولًا [بذلك][٤]؛ لأنه إذا أمره صار وكيلاً بقبضه وبالتصرف له، فيصير خالطًا ماله بماله.

في فتاوى الفضلي: مال موقوف على سبيل الخير والفقراء بغير أعيانهم ومال موقوف على المسجد الجامع، فاجتمعت من غلتها ثم نابت للمسلمين نائبة مثل حادثة الروم، واحتيج إلى النفقة في تلك الحادثة، أما المال الموقوف على المسجد الجامع إن لم يكن للمسجد حاجة للحال[٥] فللقاضي أن يصرف في ذلك ولكن على وجه القرض فيكون دينًا في مال الفيء، وأما المال الموقوف على الفقراء فإن صرف إلى المحتاجين أو إلى الأغنياء من أبناء السبيل [جاز][٦] لا على وجه القرض؛ [لأنه

(١) سقط في أ.
(٢) في م: واختلط.
(٣) في م: يأمر.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: للمال.
(٦) سقط في م.

صرف إلى المصرف، بخلاف المال الموقوف على المسجد الجامع؛ لأنه صرف إلى [غير][(١)] المصرف فلا يجوز إلا بطريق القرض.

[وإن صرف إلى الأغنياء من غير أبناء السبيل][(٢)] فإن رأى قاضٍ من قضاة المسلمين جواز ذلك جاز الصرف [لا][(٣)] بطريق القرض][(٤)]؛ لأن فيه اختلاف العلماء.

نحن وإن قلنا: إنه لا يجوز ولكن لما رأى قاض من قضاة المسلمين جواز ذلك [وصرف كان قضاء في موضع الخلاف، وإن لم ير قاض من قضاة المسلمين جواز ذلك][(٥)] يصرف على وجه القرض فيصير دينًا في مال الفيء، والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ، م.

الفصل الثالث والعشرون
في المتفرقات

في فتاوى الفضلي: رجل وقف ضيعة بلفظة الصدقة على ولديه، فإذا انقرضا فعلى أولادهما وأولاد أولادهما أبدًا ما تناسلوا، فإذا انقرض أحد الولدين وخلف ولدًا يصرف نصف الغلة إلى الولد الباقي والنصف إلى الفقراء، فإن مات الولد الباقي من ولدي[١] الواقف صرفت الغلة كلها إلى أولادهما وأولاد أولادهما؛ لأن شرط الواقف مراعى، والواقف إنما جعل الغلة لأولاد الأولاد بشرط انقراض الولدين ولم ينقرضا في الفصل الأول فيكون نصف الغلة للولد الباقي والنصف للفقراء بلفظة الصدقة.

فيه أيضا: رجل قال في صحته: جعلت داري صدقة موقوفة على المحتاجين من ولدي وليس في ولده إلا محتاج واحد، فله النصف من غلة الأرض والنصف الآخر للفقراء عملاً بقوله: صدقة موقوفة.

أراد المتولي أن يقرض ما فضل من غلة الوقف[٢]. ذكر في وصايا فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجوت أن يكون ذلك واسعًا إذا كان ذلك أصلح وأحرز[٣] للغلة من إمساك الغلة، ولو أراد أن يصرف فضل الغلة إلى حوائجه على أن يرده إذا احتيج إلى العمارة فليس له ذلك، وينبغي أن يتنزه غاية التنزه، فإن فعل مع ذلك ثم أنفق مثل ذلك في العمارة رجوت أن يكون ذلك تبريئا له عما وجب عليه.

وفي فتاوى الفضلي: أنه يبرأ عن الضمان مطلقًا، ولو جاء بمثل ما أنفق في حاجته وخلط بدراهم الوقف صار ضامنًا للباقي؛ لأنه صار مستهلكًا، ولو أراد أن يبرأ عن الضمان يفعل أحد الوجهين: إما أن ينفق ذلك كله في مصلحة المسجد إن

---

(١) في م: ولد.
(٢) في أ: الأرض.
(٣) في الفتاوى الهندية (٢/ ٤٩٠): وأجرى.

كان الوقف على المسجد، فإن كان الوقف على شيء آخر[(١)] ينفق على ذلك الشيء، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليأمر[(٢)] القاضي رجلاً بقبض ذلك منه للوقف [ثم يدفعه][(٣)] إليه.

رجل وقف بعد وفاته وقفًا صحيحًا، فله أن يرجع عنه؛ لأن الوقف بعد الوفاة وصية وللموصي أن يرجع في وصيته.

سئل شمس الإسلام محمود الأوزجندي - رحمه الله -: عمن وقف ثم افتقر وأراد أن يرجع فيه. قال: يرفع إلى القاضي حتى يفسخ القاضي الوقف.

رجل وقف ضيعة له نصفها على امرأته ونصفها على [ولد له][(٤)] بعينه على أنه إن ماتت المراة صرف نصيبها إلى أولاده، وآخره للفقراء ثم ماتت المرأة، يكون للابن الموقوف عليه من نصيبها نصيب؛ لأن الواقف شرط نصيبها لأولاده، والابن الموقوف عليه من أولاده، وإذا كان الوقف على أرباب معلومين يحصى عددهم فينصب هؤلاء الأرباب متوليًا بدون استطلاع رأي القاضي. ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أنه يصح إذا كانوا من أهل الصلاح، وقاسوا هذه المسالة على ما إذا نصب أهل المسجد متوليًا بغير أمر القاضي، وقد ذكرنا تلك المسألة [فيما تقدم][(٥)]. وذكرنا اختيار الصدر الشهيد في تلك المسألة أنه لا يصح التولية بغير أمر القاضي، واختياره في هذه المسألة هكذا أيضا؛ لأنه لا تصح إلا بأمر القاضي.

ذكر الخصاف في «وقفه»: [إذا وقف][(٦)] ضيعة مع رقيق يعملون فيها فقتل بعضهم فأخذ القيم قيمته من قاتله، ينبغي له أن يشتري بها عبدًا آخر مكان المقتول

---

(١) زاد في أ: يقع.
(٢) في أ: فيأمر.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: ولد، وفي م: ولده.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

يعمل في هذه الصدقة، وإن جنى أحدهم جناية ينبغي أن ينظر القيم أيهما أصلح بأمر هذه الصدقة دفع الجاني وقتله بأرش هذه الجناية، ويعمل ما هو الأصلح بأمرها، فإن بدله الوصي بأرش الجناية من غلة هذه الصدقة وكان أرش الجناية أكثر من قيمته فهو متطوع في الفضل ضامن له، وليس [إلى أهل][١] الوقف من الدفع والفداء شيء، فإن فداه أهل الوقف كانوا متطوعين وكان الجاني في الصدقة على ما كان عليه، ومسألة جناية عبد الوقف صارت واقعة في زماننا فأفتى بعض المشايخ أنها في مال الوقف[٢]؛ لأنها صارت ممنوعة الدفع بفعله فصار كجناية المدبر.

متولي الوقف إذا قام إلى عمارة الوقف وأراد أن يأخذ لكل يوم أجر أجير، ليس له ذلك.

رجل جعل أرضه مقبرة أو خانًا للغلة أو مسكنًا، سقط عنها الخراج؛ لأن سبب وجوب الخراج الأرض النامية الصالحة للزراعة.

ذكر الخصاف في «وقفه»: إذا وقف الرجل بيتًا من دار فإن وقفه بطريقه جاز الوقف، وإن لم يقفه بطريقه لم يجز؛ لأنه إذا لم يقفه بطريقه [لو جوزنا][٣] إن آجرنا الوقف ماذا يصنع به إذا كان لا يتمكن أن يكري ولا يسكن؛ لأنه لا طريق له.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: قيم وقف جمع الغلة وقسمها على أربابها وحرم واحدًا منهم وصرف نصيبه إلى حاجة نفسه، فلما خرجت الغلة أراد المحروم أن يأخذ من الغلة الثانية نصيبه في السنة الأولى، فهذا على وجهين:

إن اختار المحروم تضمين القيم، ليس له أن يأخذ من الغلة الثانية ذلك؛ لأنه لما اختار تضمين القيم، سلم للشركاء ما أخذوا من جهة القيم ولم يتبين أنهم أخذوا من نصيب هذا المحروم شيئًا، وإن اختار [اتباع][٤] الشركاء الشركة فيما أخذوا، كان له

(١) في أ: لأهل.
(٢) في م: الواقف.
(٣) في أ: لجوزنا.
(٤) سقط في أ، م.

أن يأخذ ذلك [من نصيب الشركاء من الغلة الثانية؛ لأنه لما اختار اتباع الشركاء تبين أنهم أخذوا نصيبه، فله أن يأخذ][١] من أنصبائهم مثل ذلك؛ لأنه جنس حقه، فمتى أخذ رجعوا [جميعًا][٢] على القيم بما استهلك القيم من حصة المحروم في السنة الأولى؛ لأنه بقي ذلك حقًا للجميع.

وفيه أيضًا: رجل أوصى أن يوقف من ماله كذا كذا درهمًا لدين يظهر عليه، فالوصية باطلة وقت أو لم يؤقت؛ لأنه لم يوص بشيء للحال، وكل مال خلا عن الوصية والدين فهو مال الوارث، فإن قال: إن رأى الوصي ذلك إلا أن يوقف ذلك من ثلث ماله؛ لأنه لما قال: إن رأى الوصي ذلك، فكأنه[٣] قال: يعطى الوصي ذلك إلا أن يوقف ذلك المقدار من شاء، ولو نص على هذا يصح.

مريض قال: إني كنت متولي حانوت وقف على الفقراء وكنت أستهلك[٤] من غلته، أو قال: لم أؤد زكاتي فأدوا ذلك من مالي بعد موتي، فإن صدقه الورثة[٥] في ذلك يعطى الوقف من جميع المال، والزكاة من الثلث؛ لأن [في][٦] الوقف يؤخذ ذلك من تركته من غير إقراره، فلم يكن الأخذ مضافًا إلى إقراره، وفي الزكاة لا يؤخذ من تركته.

وإن كذبه[٧] الورثة يعطى الوقف والزكاة من الثلث، وللوصي أن يحلف الورثة على العلم، - يريد بالوصي قيم الوقف - بالله ما يعلمون أن ما أقرّ به حق؛ لأنه يدعي عليهم معنىً لو أقروا به يلزمهم فإذا[٨] أنكروا يستحلفون، فإن حلفوا جعل[٩]

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: وكأنه.
(٤) في أ: استهلكت.
(٥) في أ: الوارث.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: كذب.
(٨) في أ: فإن.

ذلك كله من الثلث كما قبل الحلف، وإن نكلوا جعل[١] الزكاة من الثلث، والوقف من الجميع كما لو أقر به الورثة ابتداءً.

قيم أدخل جذعًا في دار الوقف ليرجع في غلتها، فله ذلك، فإن أراد الاحتياط ينبغي أن يبيع الجذع من آخر، ثم يشتري منه لأجل الوقف، ثم يدخلها في دار الوقف.

حانوت وقف مال إلى حانوت آخر، ومال الثاني إلى الثالث وتعطلت الحوانيت وأبى قيم الوقف العمارة، فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون لحانوت الوقف غلة يمكن عمارتها منها، والحكم فيه أن لصاحبي[٢] الحانوت أن يأخذا القيم برد ما[٣] مال عنه إلى حد الوقف؛ لأنهما تضررا بذلك، والقيم هو المتعين لدفع هذا الضرر.

الوجه الثاني: ألا يكون لحانوت الوقف غلة يمكن عمارتها منها وفي هذا الوجه يرفعان الأمر إلى القاضي ليأمر القيم بالاستدانة على الوقف لإصلاحه؛ لأن الأمر بالاستدانة هاهنا لحانوت الوقف يتعين لدفع الضرر. [والقاضي هو المتعين لدفع الضرر][٤].

رجل عليه ديون وله ديون وله ضيعة تساوي عشرة آلاف درهم فوقفها وشرط غلاتها إلى نفسه قصدًا منه إلى المماطلة، وشهدت الشهود على إفلاسه، جاز الوقف، وجازت الشهادة.

أما جواز الوقف فلمصادفته ملكه، وجواز الوقف مع هذا الشرط قول أبي يوسف - رحمه الله - على ما مر قبل هذا.

---

(٩) في أ: جعلوا.
(١) في أ: جعلوا.
(٢) في م: لصاحب.
(٣) في م: من.
(٤) سقط في م.

وأما جواز الشهادة فلأنها صدق؛ لأن الرقبة خرجت عن ملكه، فإن فضل من قوته شيء من هذه الغلات فللغرماء أن يأخذوا منه؛ لأن الغلات بقيت على ملكه.

القاضي إذا أطلق بيع [وقف غير](١) مسجد هل يكون ذلك حكمًا ببطلان الوقف؟

ينظر: إن أطلق لوارث الواقف(٢) يكون حكمًا ويجوز البيع، وإن أطلق لغير وارث الواقف(٣) لا يكون حكمًا ولا يجوز البيع، وهذا لأن الوقف لو بطل يعود إلى ملك وارث الواقف، وبيع مال الغير لا يجوز.

سئل شمس الإسلام(٤) محمود الأوزجندي عمن باع محدودًا قد وقفه وكتب القاضي الشهادة على الصك لا يكون ذلك قضاءً بصحة البيع، وهذا صحيح ظاهر؛ لأن للقضاء شرائط من الشهادة والدعوى وغير ذلك ولم يوجد ذلك هاهنا.

في واقعات الناطفي: رجل جعل فرسًا حبيسًا في سبيل الله فليس لأحد أن يؤاجره؛ [لأنه](٥) أعد لأمر آخر، فإن احتاج إلى أمر النفقة يؤاجر بقدر نفقته. وقد مرت المسألة من فبل.

قال الناطفي - رحمه الله -: هذه المسألة دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى النفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه.

فيه أيضًا: متولي الوقف إذا أخذ الغلة ومات ولم يبين ماذا صنع، لم يضمن، والأمانات باب تنقلب [مضمونة](٦) بالموت عن تجهيل إلا في مسائل معدودة، من جملتها هذه المسألة، وقد ذكرنا تمامها في الوديعة.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا جعل الرجل أرضا له صدقة موقوفة

---

(١) في أ: ملك الغير.
(٢) في م: الوقف.
(٣) في م: الوقف.
(٤) في أ: الأئمة.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

لله تعالى أبدا له على قوم سماهم ومن بعدهم على المساكين وأخرجها من يده للوقف ثم ارتجعها من الرجل الذي دفعها إليه لتكون في يده للوقف. ثم زرعها وأنفق فيها وأخرجت [زروعًا][١] كثيرة والبذر من قبله فقال: [أنا زرعتها لنفسي ببذري، وقال أهل الوقف][٢]: إنما زرعتها[٣] للوقف، فالقول قول الواقف، والزرع له من قبل أن البذر له.

وفيه أيضا[٤]: أن رجلا جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده ونسله وعقبه أبدا ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين والفقراء، وشرط في الوقف أن كل من انتقل من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - إلى مذهب الشافعي - رحمه الله -، وأنكر ذلك المدعى [عليه، فالقول في ذلك قوله وعلى المدعي][٥] البينة على ذلك.

وفيه أيضا: إذا بنى الرجل مسجدا وجعل أرضه مقبرة فادعى فيه رجل دعوى والثاني غائب، فإنه يقضى على بعض أهل المسجد والمقبرة، وهو قضاء على جميع أهل المسجد.

رجل وقف ضيعة له على الفقراء في صحته، ثم مات فجاء إنسان وادعى أن الضيعة له وأقر الورثة بذلك، لم يبطل الوقف؛ لأن إقرارهم في حق بطلان الوقف غير صحيح، ويضمنون قيمة الضيعة من تركة الميت، وهذا الجواب يجب أن يكون قول الكل لا قول محمد خاصة؛ لأنه لا خلاف في وجوب ضمان الضيعة بالإتلاف، وإنما الخلاف في وجوب الضمان بالغصب، وهذا إتلاف وليس بغصب.

وإن أنكر الورثة ذلك فأراد المدعي أن يحلفهم، يقال له: تريد تحليفهم لتأخذ

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: زرعها.
(٤) زاد في أ: لو.
(٥) سقط في م.

الضيعة إن نكلوا، أو ليأخذوا قيمتها إن نكلوا، فإن قال: لآخذ الضيعة، فلا يمين [له][(١)] عليهم؛ لأنه لا يصل إلى الضيعة إن نكلوا لما ذكرنا في فصل الإقرار، وإن قال: لآخذ القيمة، فله عليهم اليمين؛ لأنه يصل إلى القيمة إن[(٢)] نكلوا، فكان التحليف مفيدًا.

استأجر حانوتًا موقوفًا على الفقراء، وأراد أن يبني عليه غرفة من ماله، وينتفع بها من غير أن يزيد في أجرة الحانوت على قدر ما استأجر فإنه لا يطلق له البناء إلا أن يزيد في أجره، فحينئذ يبني على مقدار ما لا يخاف على البناء القديم من ضرر[(٣)]، وإن كان هذا حانوتًا يكون معطلاً في أكثر الأوقات، وإنما رغب فيه المستأجر لأجل البناء عليه، فإنه يطلق [في][(٤)] ذلك من غير زيادة في الأجر؛ لأن فيه مصلحة الوقف.

رجل استأجر حجرة موقوفة من أوقاف المسجد، ويكسر فيها الحطب بالقدوم، والجيران لا يرضون بذلك، والمتولي يرضى بذلك، فإن كان في ذلك ضرر بين بالحجرة مثل القصارة والحدادة، والمتولي يجد من يستأجرها بذلك الأجر، فعليه أن يمنعه من ذلك، فإن لم يمنع أخرجه من الحجرة، [وأجرها][(٥)] من غيره، وإن كان غيره لا يستأجر بتلك الأجرة، فالقيم يتركها في يده، إلا إذا خاف تلف بناء الوقف من ذلك العمل.

وفي فتاوي الفضلي: متولي الوقف أجر ضيعة الوقف من رجل سنين، ثم مات الآجر، ثم مات المستأجر قبل انقضاء المدة، ودفع ورثة المستأجر غلة الضيعة، فإن كانت الغلة زرعا زرعها الورثة ببذرهم كانت لهم، وعليهم ما نقصت الزراعة

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لو.
(٣) في أ: الضرر.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ، م.

الأرض، يصرف ذلك إلى مصالح أرض الوقف، لا حق للموقوف عليهم الأرض في ذلك؛ لأن هذا النقصان إنما وجب لنقصان في عين الأرض، وحق الموقوف عليهم في منفعة الأرض لا في عينها، وإنما وجب نقصان الأرض دون الأجر؛ لأن الإجارة قد انفسخت بالموت، [وصارت الورثة بالزراعة بعد ذلك][1] غاصبين، فوجب النقصان دون الأجر لهذا. والله أعلم.

* * *

(١) في م: فصارت للورثة بالوراثة بعد.

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

كتاب الهبة[2]

هذا الكتاب يشتمل على خمسة عشر فصلاً:

---

(١) سقط في م.

(٢) الهبة لغة: مأخوذة من وَهَبَ، يقال: وهب يَهَبُ وهْبًا ووهَبًا وهِبة، والاسم: الموهب والموهبة، ولا يقال: وهبكه، هذا قول سيبويه. وحكى السَّيْرَافي عن أبي عَمْرٍو أنه سمع أعرابيًّا يقول لآخر: انطلق معي أهبك نبلاً. ووهبت له هبة وموهبة ووهبًا إذا أعطيته، ووهب الله له الشيء، فهو يَهَبُ هبةً، وتواهب الناس بينهم، أي: يَهب بعضهم بعضًا، وهي في الأصل مصدر محذوف الأول عوض عنه هاء التأنيث، فأصلها: وهب - بتسكين الهاء وتحريكها - ومما تقدم من اشتقاق للفظ الهبة، يتبيَّنُ لي أنها تُطْلَقُ في اللغة على التبرع والتفضُّل بما ينفع الموهوب له مطلقًا، سواء أكان مالًا أم غير مال.
فالهبة: العَطِيَّةُ الخالية عن الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهابًا.
ينظر: لسان العرب (٦/ ٤٩٢٩).
واصطلاحًا:
عرَّفها الحنفية بأنها: تمليكٌ بلا عوض.
وعرَّفها المالكية بأنها: تمليك متموّل بغير عِوَضٍ.
وعرفها الشافعية بأنها: التمليك بلا عِوَض.
وعرفها الحنابلة بأنها: تمليكُ جائز التصرُّف مالًا معلومًا أو مجهولًا، تعذر علمه.
والأصل في مشروعية الهبة كثير من نصوص الكتاب والسنة، ثم الإجماع بعد ذلك.
فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾؛ حيث قيل: إن المراد بالتحية في الآية: الهبة، وغير ذلك من الآيات.
ومن السنة قوله ﷺ: «لو دعيت إلى كراع أو ذراع لأجبت، ولو أهدي إلي ذراع أو كراع لقبلت». وروي عنه ﷺ أنه قال: «يا نساء المسلمات، لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة». وقال ﷺ: «تهادوا تحابوا». وكان ﷺ يأكل من الهدية، ولا يأكل من الصدقة.
وقبل ﷺ كثيرًا من هدايا المسلمين، وغير المسلمين، فقبل هدية المقوقس حاكم مصر، وهو كافر، وقبل هدية النجاشي حاكم الحبشة، وهو مسلم.
وأما الإجماع: فقد انعقد إجماع العلماء على استحباب الهبة.
ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٨)، فتح القدير (٩/ ١٩)، مواهب الجليل (٦/ ٤٩)، الإقناع (٢/ ٨٥)، مغني المحتاج (٢/ ٣٩٦)، وحاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٢٥٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٥١٧)، المغني (٦/ ٢٤٦)، المحلي، على المنهاج (٣/ ١١٠).

[الفصل][١] الأول
في ألفاظ[٢] الهبة

ذكر الحاكم في المنتقى: إذا[٣] كان لرجل عبد في يد رجل قال المودع لمولى العبد: هبه لي، فقال: هو لك، فقال: لا أقبل، فهو هبة، فقد جعل الهبة نظير النكاح لا نظير البيع.

إذا قال لغيره: هذه الجارية لك، فهي هبة جائزة، رواية ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -.

وفي هبة الأصل: إذا قال: هي لك فاقبضها، فهي هبة.

وفي الأصل - أيضًا -: جعلت هذه الدار لك فاقبضها، فهي هبة، لأن معنى كلامه: ملكتك هذه الدار؛ ألا ترى أن في التمليك ببدل لفظ الجعل [و][٤] لفظ التمليك سواء، حتى إن من قال لغيره: جعلت لك داري هذه بكذا، [فقبل الآخر][٥]، ينعقد البيع إذا ثبت هذا في [التمليك ببدل، فكذا في][٦] التمليك بغير بدل.

وفي الفتاوى[٧] عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله -: إذا قال لغيره: [اين ترا][٨]، فهذا هبة لا تجوز إلا بالقبض، ولو قال: ابن تراست[٩]، فهو إقرار[١٠].

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: لفظة.
(٣) في م: إن.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: جعلت لك فعند الأجر.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: التساوي.
(٨) في م: ابن أبو.
(٩) في م: أبو ست.
(١٠) زاد في م: وسئل أبو نصر عمن قال: جميع ما أملك لفلان، قال: هذه [١] هبة لا تجوز إلا بالقبض، ولو قال: جميع ما يعرف لي، أو يُنسب إلي لفلان، فهو إقرار. وهو تكرار، =

وسئل أبو بشر عمن قال: جميع ما أملك لفلان، قال: هذه هبة لا تجوز إلا بالقبض.

ولو قال: جميع ما يعرف لي، أو ينسب إلي لفلان، فهو إقرار.

وسئل أبو بكر - رحمه الله - عن رجل له ابن صغير غرس له كرمًا، أو قال: أغرسه باسم ابني، فهذا لا يكون هبة، قيل: لو قال: جعلت باسم ابني، قال: هذا أقرب إلى الهبة من الأول، قيل: إن قال: جعلته لابني، قال: لا شك في هذا أنه هبة.

سئل نجم الدين النسفي - رحمه الله - عمن قال: ابن أمين بنام فلاند باوسيد جويد كرم، فأجاب: إنه لا يصير لابنه بهذا القدر؛ إذ ليس فيه ما يدل على التمليك، ثم قال: وجدت في الزيادات عن محمد - رحمه الله - أنه لو كان لرجل ابن صغير أو كبير معتوه، وللابن مال ورثه من أمه أو جعله له أبوه، فقال: قول محمد - رحمه الله -: جعله له أبوه، يدل على أن هذه اللفظة صالحة للتمليك، وإن من قال لابنه: ابن مالك تراكروم، أو قال: بتام يوركردم، أو أن بركردم، أو كلام يجري مجراه، أنه تمليك من الابن.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - إذا قال لغيره: فلان حرتكير، فقال: داي يومار، يكون هبة.

عن أبي يوسف - رحمه الله - في المنتقى: إذا قال لغيره: هذه الجارية لك حلال، فهذا على أنه أحل فرجها، فلا يجوز إلا أن يكون قبله كلام يستدل به على [أنه][1] وهبها له.

ولو قال: وهبت لك فرجها، فهو هبة إذا قبض، والله أعلم.

= وفيه: أبو نصر بدل أبو بشر.

(١) سقط في م.

الفصل الثاني
في بيان شرائط جواز الهبة

يجب أن يعلم أن الهبة جائزة إذا كان الواهب من أهلها[١]، بأن يكون عاقلاً، بالغًا، حرًا، مالكًا لها، ولو كان عبدًا، أو مُكاتبًا، أو مُدبرًا، أو أم[٢] ولد، ومن كان في رقبته شيء من الرق، أو كان صغيرًا أو مجنونًا، أو [لا][٣] يكون مالكًا للموهوب، لا تصح الهبة[٤].

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة، محوزة[٥]،

---

(١) زاد في م: وكونه من أهلها.
(٢) في م: وله.
(٣) سقط في م.
(٤) يشترط في الواهب أمر واحد على الإجمال، وهو أن يكون أهلاً للتبرع، وخمسة على التفصيل وهي:
أولًا- أن يكون حرًا، فلا تصح هبة الرقيق؛ لأنه وما في يده لسيده.
ثانيًا- أن يكون بالغًا، فلا تصح هبة الصبي مطلقًا، سواء كان غير مميز، أو مميز.
أما إذا كان غير مميز فظاهر؛ لأن جميع عقوده باطلة، لعدم عقله، وأما إذا كان مميزًا؛ فلأن تصرفاته المضرة ضررًا محضًا غير جائزة، ولا تقبل الإجازة أصلاً، لأجل المحافظة على أمواله.
ثالثًا- أن يكون عاقلاً، فلا تصح هبة المجنون؛ لأن جميع تصرفاته باطلة كما في الصبي غير المميز.
رابعًا- أن يكون مالكًا للعين الموهوبة، فلا تنفذ هبة الفضولي، بل يتوقف نفاذها على إجازة المالك، ولا تصح هبة الولي، ولا الوصي من مال الصغير؛ لأنه يلزم أن يكون تصرفهما في مال الصغير بما يعود عليه بالمنفعة.
خامسًا- ألا يكون محجورًا عليه لسفه؛ لأن السفيه حكمه حكم الصبي المميز، ولا لدين لتعلق حق الدائنين بماله، فإن أجازوها صح، وإن كان الدين غير مستغرق للتركة، وكان الواهب مستوفيًا للشرائط المتقدمة صحت هبته مطلقًا، سواء أجازها الدائنون، أو لم يجيزوها، إذا كانت لا تؤثر في حق الدائنين.
(٥) اختلف العلماء في الوقت الذي تلزم فيه الهبة على ثلاثة أقوال:
القول الأول: وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، أن الهبة لا تلزم إلا بعد قبضها، فإذا قبضها الموهوب له لزمت وثبت الملك له، وليس للواهب الرجوع فيها.
القول الثاني: وهو مذهب المالكية، ورواية عن أحمد في غير المكيل والموزون، أن
=

. . . .

= الهبة تلزم بمجرد القول، إلا أن المالكية اشترطوا لتمامها القبض وقالوا: يجبر الواهب على إقباضها، وإذا مات قبل القبض بطلت الهبة وكان ميراثًا، أما إذا مات الموهوب له يكون لورثته أن يطالبوا الواهب بها؛ لأنها صارت حقا لمورثهم قبل موته.

القول الثالث: وهو مذهب أهل الظاهر أن الهبة تلزم وتتم بدون القبض.

قال ابن حزم: «من لفظ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملاً وعقد عقدًا لزمه الوفاء به ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص، ولا نص في إبطاله».

وسبب الخلاف في هذه المسألة كما أورده ابن رشد الحفيد - رحمه الله - في كتابه بداية المجتهد هو: تعارض الآثار الواردة فيها.

فمن يرى عدم جواز الرجوع في الهبة أصلاً، احتج بعموم قول النبي ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئِه»، واستُثني الأبوان بقوله ﷺ: «لا يَحلُّ لِرَجُلٍ أن يُعطِي عطيةً أو يَهبَ هبةً فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يُعطي ولده»، والأم تقاس على الأب في ذلك.

وأما من أجاز الرجوع في الهبة، فقد احتج بما رواه مالك في الموطأ، وغيره عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض منها».

ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٢/ ٤٨)، تحفة الفقهاء، للسمرقندي (٣/ ١٦١)، الكافي، لابن عبد البر (٢/ ٩٩٩)، بداية المجتهد (٢/ ٣٢٩)، أسهل المدارك (٣/ ٨٨)، الوسيط في المذهب، الغزالي (٤/ ٢٦٩)، مغني المحتاج، الشربيني (٢/ ٥١٦)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٦٤٩)، المحلى، لابن حزم (٩/ ١٢٧).

ويشترط في الموهوب له أن يكون موجودًا وقت الهبة، فلو كان غير موجود بأن قال شخص: وهبت بيتي لابن فلان، ولا ولد له، فالهبة لاغية حتى لو ولد له ولد بعد ذلك ومات الواهب، لا يستحق العين الموهوبة.

ويشترط في الشيء الموهوب أربعة شروط:

أولًا - أن يكون موجودًا وقت صدور العقد، فلا تصح هبة المعدوم كعنب كرمه الذي سيوجد في هذه السنة، ولا هبة ما ستلده مواشيه.

ثانيًا- أن يكون مالًا متقومًا، فلا تجوز هبة ما ليس بمال كالميتة والدم، ولا ما كان مالًا ولكنه غير متقوم كالخمر والخنزير.

ثالثًا- أن يكون الموهوب مملوكًا في ذاته، فلا تصح هبة المباحات؛ لأنه تمليك ما ليس بمملوك.

رابعًا- أن يكون مميزًا عن غيره فلو كان مشاعًا أو متصلاً بغيره فلا تصح هبته، ولكن في المقام تفصيل وبيانه: أن المشاع إما أن يكون غير قابل للقسمة، وإما أن يكون قابلاً لها، والمتصل بغيره إما أن يكون اتصاله خلقيًّا، أو اتصال مجاورة.

فإن كان الموهوب مشاعًا في ملك الواهب الذي لا يقبل القسمة بأن كان بيتًا صغيرا بحيث لو قسم لا يصلح لأن يكون بيتين، أو نصف حيوان مثلاً، صحت الهبة أيضًا. =

....

=

ويلزم لصحة الهبة أن يكون القدر الموهوب معلومًا، فلو وهب جزءًا من بيته فلا تصح الهبة لعدم معرفة القدر الموهوب.

وإن كان القدر الموهوب مشاعًا في ملك الواهب الذي يحتمل القسمة، فإما أن يكون الشيوع طارئًا بعد عقد الهبة والقبض، وإما أن يكون مقارنًا وموجودًا وقت عقد الهبة.

فإن كان الأول: صحت الهبة أيضًا لحصول القبض الكامل قبل حدوث الشيوع، وذلك بأن وهب إنسان قطعة أرض لآخر فقبضها، ثم رجع الواهب في نصفها، فبالرجوع في النصف حصل الشيوع، وبالتأمل ترى أن العين الموهوبة وقت القبض لم يكن فيها شيوع، فلهذا صحت الهبة.

وإن كان الثاني: بأن كان الشيوع موجودًا حال العقد، كما إذا وهب شخص لآخر نصف بيته الكبير القابل للقسمة فالهبة غير نافذة، وهل هي صحيحة أو فاسدة؟ خلاف، والصحيح أنها صحيحة متوقف نفاذها على قسمة المشاع وتسليم العين الموهوبة على حدثها، وعلى كل حال فلو قسم الموهوب وسلم جازت الهبة وملكت بالتسليم لحصول المقصود وهو القبض الكامل.

ولو بقي على شيوعه ولم يقسم، فإما أن تكون الهبة من أحد الشريكين للآخر، أو لا، فإن كانت لأحد الشريكين فقال بعضهم: يملك الشريك نصيب شريكه الذي وهب له؛ لأن قبضه كامل. وقال بعضهم: لا يملكه للشيوع، والظاهر الأول.

وإن كانت لغير الشريك فلا يملكها، بل هي باقية على ملك الواهب. وينبني على ذلك المسائل الآتية:

أولًا- إذا تصرف الواهب فيها ببيع ونحوه نفذ تصرفه، وليس للموهوب له حق في معارضته؛ لأنه قد تصرف في ملكه.

ثانيًا- للواهب حق استرداد العين الموهوبة من الموهوب له بدون توقف على رضا الموهوب له، ولا على حكم القاضي، فلو طلبها منه فامتنع فهلكت عنده ضمنها؛ لأنه بالامتناع صار غاصبًا والغاصب ضامن، وبالأولى ما إذا استهلكها. ولو مات تخلفه ورثته في حق الاسترداد، بخلاف ما إذا أراد الاسترداد بعد صدور الهبة منه صحيحة نافذة، فإنه لا يملكه إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي.

ثالثًا- إذا استهلك الموهوب له العين الموهوبة ضمنها لتعديه على ملك غيره، وكذا الحكم إذا هلكت بنفسها بدون تعد، وقال بعضهم: لا يضمن في هذه الحالة لعدم تعديه؛ ولأنه ليس بغاصب، بل هو في حكم الأمين لحصول التسليط من المالك، وهو وجيه.

والمشاع الذي لا يقبل القسمة: هو الذي إذا قسم تذهب منفعته بالمرة، كإناء من الخزف، أو تذهب منفعته الأصلية التي كانت موجودة فيه قبل القسمة، كحمام لا يمكن جعله حمامين بعد القسمة، أو بيت صغير لا يمكن جعله بيتين، ولكن يمكن جعله حانوتين مثلًا، والذي يقبل القسمة: هو الذي لو قسم لا تذهب منفعته الأصلية، كبيت كبير يمكن جعله بيتين، وقال الإمام الشافعي (: إن هبة المشاع صحيحة فيما يحتمل

=

....

= القسمة وفيما لا يحتملها؛ لأن الهبة عقد تملك والشيء الموهوب قابل له فأشبهت البيع، وكونه عقد تبرع، لا ينافي الملك في الشيوع، كما في الوصية، والتسليم ممكن بالتخلية، أو تسليم الكل إليه، كما في المشاع الذي لا يقبل القسمة.

والمشاع الذي يقبل القسمة يمكن تسليمه بعد قسمته، ويكون قبضه كاملاً، إذ هو المطلوب؛ لأن القبض في الحديث ثبت مطلقًا فيتناول الكامل، والكامل هو الموجود من كل وجه.

والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه؛ لأن القبض عبارة عن كون الشيء المقبوض في حيز القابض، والمشاع ليس في حيزه من كل وجه؛ لأنه في حيزه من وجه وفي حيز شركائه من وجه آخر، وتمامه لا يحصل إلا بالقسمة؛ لأن الأنصباء بها تتميز وتجتمع أجزاء كل شريك على حدتها، وما لم تتميز وتجتمع لا يصير المقبوض محرزًا ومحوزًا، بل يكون إحرازه ناقصًا فلا يقوى على إفادة الملك.

وإن كان الموهوب متصلاً بملك الواهب، فإما أن يكون اتصالاً خلقيًا، أو اتصال مجاورة، فإن كان الاتصال خلقيًا فلا تتم الهبة بالقبض مطلقًا، سواء كانت العين الموهوبة شاغلة لملك الواهب، أو مشغولة به، إلا إذا فصلها الواهب وسلمها للموهوب له، أو يسلطه على فصله وقبضه، وفصله الموهوب له وقبضه بالفعل.

وينبني على ذلك أنه: إذا كان لشخص أرض وفيها زرع فلا تصح هبة الزرع بدون الأرض، ولا هبة الأرض بدون الزرع إلا بالفصل والقبض، ومثل ذلك هبة الشجر بدون الأرض، والأرض بدون الشجر، وكذلك هبة الثمر بدون الشجر، والشجر بدون الثمر، فلا بد من الشرط المتقدم وهو فصل الموهوب عن غيره وقبضه، وعلة ذلك أن القبض لا يكون كاملاً قبل الفصل؛ لأن الثمر على الشجر بحكم الاتصال كشيء واحد فكانت هبة أحدهما بدون الآخر كهبة المشاع المحتمل للقسمة؛ لأن الفصل ممكن. والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع من حصول القبض الكامل فكذا هنا.

وإن كان متصلاً بملك الواهب اتصال مجاورة، فإما أن يكون الموهوب شاغلاً لملك الواهب، أو مشغولًا به. فإن كان شاغلاً له صحت الهبة واعتبر القبض كاملاً ولو بالتخلية فقط.

وإن كان مشغولًا بملك الواهب فلا تصح هبته إلا بفصله وتسليمه للموهوب له. وينبني على ذلك أنه لو وهب إنسان لآخر متاعًا في بيت صحت الهبة بدون الفصل، ويكفي القبض، ولو بالتخلية بين الموهوب له وبين الشيء الموهوب، بخلاف ما إذا وهب البيت بدون المتاع، فإن الهبة لا تصح إلا بفصل المشغول عن الشاغل وتسليمه للموهوب له.

والهبة لا تتم إلا بالقبض، وأن العين الموهوبة قبل القبض باقية على ملك الواهب. وينبني على ذلك أنه لو تعذر القبض بأن مات الواهب قبل تسليم العين الموهوبة بطلت الهبة، ولا حق للموهوب له في مطالبة ورثة الواهب؛ لأن الواهب قد مات والهبة ملك له فتحل ورثته محله في الملك، وكذا الحكم فيما إذ مات الموهوب له قبل القبض من =

لم يرد محمد بقوله: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة، نفي أصل[١] الجواز، فإن أصل الجواز ثابت قبل القبض، وإنما أراد نفي التمام، ونفي الحكم قبل القبض، معناه: لا تتم الهبة ولا يفيد حكمها قبل القبض، والقبض الذي يتعلق بتمام الهبة وثبوت حكمها القبض بإذن الواهب، والإذن تارة يثبت نصًّا وصريحًا، وتارة يثبت دلالة، فالصريح أن يقول: اقبضه [إذا كان الموهوب حاضرًا في المجلس، أو يقول: اذهب واقبضه][٢]، إذا كان غائبًا عن المجلس، ثم إذا كان الموهوب حاضرًا، و[٣] قال له الواهب: اقبضه، فقبضه[٤] في المجلس، أو بعد الافتراق عن المجلس، صح قبضه، وملكه، قياسًا واستحسانًا، ولو نهاه عن القبض بعد الهبة لا يصح لا[٥] في المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس، [وإن لم يأذن له بالقبض صريحًا، ولم ينهه عنه إن قبضه في المجلس صح قبضه استحسانًا لا قياسًا، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس فلم يصح قبضه قياسًا واستحسانًا، فلو كان الموهوب غائبًا فذهب فقبض فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الموهوب حاضرًا وحصل القبض بعد الافتراق عن المجلس][٦]، إذا كان القبض بإذن الواهب جاز استحسانًا لا قياسًا، وإن كانت بغير إذن الواهب لا تجوز قياسًا واستحسانًا، والله أعلم.

= أن الهبة تبطل بموته، ولا حق لورثته في مطالبة الواهب؛ لأن مورثهم قد مات غير مالك للعين الموهوبة لعدم حصول القبض فلم يرثوا عنه العين الموهوبة حتى يطالبوا بها، ولا يخفى مذهب الإمام مالك وابن أبي ليلى من الحنفية، فإن الهبة عندهما تتم بمجرد الإيجاب والقبول بدون توقف على القبض، فعلى مذهبهما لا تبطل الهبة بموت الواهب ولا بموت الموهوب له، بل يكون للموهوب له حق في أخذ العين الموهوبة من الورثة في حالة ما إذا مات الواهب، ولورثة الموهوب له أخذ العين الموهوبة في حالة موت الموهوب له لأنه ملك مورثهم.

(١) في م: الأصل.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: أو.
(٤) في م: فقبض.
(٥) في م: إلا.
(٦) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل في فتاوى أبي الليث - رحمه الله-: قال أبو بكر: إذا قال الرجل لغيره: وهبت عبدي هذا لك، والعبد حاضر، فقبض الموهوب له العبد، ولم يقل: قبلت، جازت الهبة، وكذلك لو كان العبد غائبًا فوهب وقبضه ولم [يقل][(١)]: قبلت، جازت [الهبة.] [(٢)]

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وبقول أبي بكر نأخذ.

وفي الواقعات: وهبت[(٣)] لك، ولم يقل: قبلت، حتى قبض بحضرة الواهب، تجوز.

وعن أبي يوسف إملاًء - رحمه الله -: أنه لا يجوز ما لم يقل: قبلت.

وفي الفتاوى - أيضًا -: رجل قال لختنه بالفارسية: ابن زمين ترا، فذهب وزرعها، إن قال الختن عندما قال هذه المقالة: قبلت، صارت الأرض له، وإن لم يقل: قبلت، لا شيء له.

والمسألة المُتقدمة تخالف هذه المسألة في الجواب.

وفي المنتقى إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: إذا وهب جارية لامرأته والجارية في البيت، [وليست][(٤)] بحضرتهما فقالت: قبلت، لم يجز إلا أن تكون بحضرتهما.

وقد ذكرنا أن الهبة لا تتم إلا بالقبض، والقبض نوعان: حقيقي، وإنه ظاهر، وحكمي، وذلك [يكون][(٥)] بالتخلية.

وقد أشار في هذه المسألة إلى الحكمي، وهو القبض بطريق التخلية؛ لأنها إذا

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: وهبته.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

كانت بحضرتهما فقد يمكن من قبضها حقيقة وهو تفسير التخلية، وهذا قول محمد - رحمه الله - خاصة.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: التخلية ليست بقبض، [وهذا الخلاف في الهبة الصحيحة، فأما في الهبة الفاسدة فالتخلية ليست] [١]بقبض بلا خلاف.

وفيه - أيضًا -: وهب لرجل ثوبًا في صندوق مُقفل عليها ودفع الصندوق إليه، قال: هذا ليس بقابض لما وهب له [وإن كان الصندوق مفتوحًا فهو قابض لما وهب له؛ لأن في الفصل الأول لم يصر مخليًا بين الموهوب والموهوب له بخلاف الفصل الثاني.

وهب لرجل دارا فيها متاع الواهب ودفعها إلى الموهوب له، فالهبة باطلة، هكذا ذكر في الزيادات، ومعناه أنها غير تامة.

[وفي][٢] الفتاوى يقول: في الدار متاع الواهب، أو إنسان من أهله.

الأصل في جنس هذه المسائل: أن اشتغال [الموهوب][٣] بملك الواهب يمنع تمام الهبة، لما ذكرنا أن القبض شرط تمام الهبة، واشتغال الموهوب بملك الواهب [يمنع تمام القبض من الموهوب له، وهذا لأن الموهوب ما دام مشغولًا بملك الواهب كانت يد الواهب][٤] قائمة على الموهوب، وقيام يد الواهب على الموهوب يمنع قيام[٥] يد الموهوب له، فأما اشتغال ملك الواهب بالموهوب لا يمنع تمام الهبة؛ لأن الموهوب فارغ فيه عن تمام القبض؛ لأن اشتغال ملك الواهب بالموهوب لا يوجب للواهب يدًا على الموهوب، ولا يمنع قيام[٦] يد الموهوب له فلا يمنع

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: تمام.
(٦) في م: تمام.

تمام الهبة.

جئنا إلى تخريج المسألة، فنقول: الموهوب وهو الدار مشغول[١] بملك الواهب فيمنع تمام الهبة، وهو المعنى من البطلان المذكور في الكتاب؛ ألا ترى أنه لو فرغ الدار وسلمها إليه فارغة تمت الهبة فيها.

وكذلك لو وهب لرجل جرابًا أو جوالقًا فيه طعام الواهب، فالهبة غير تامة لما قلنا، ولا مُعتبر بالشغل وقت العقد إذا وقع التسليم فارغًا مميزًا مفرزًا.

ويعتبر الإذن بالقبض بعد تفريغ الدار، ولا يكفي قوله مع الشغل: سلمتها إليك، في البقالي.

ولو وهب ما في الدار من المتاع، وما في الجواليق والجراب من الطعام فالهبة تامة؛ لأن الموهوب هنا شاغل لملك الواهب وليس بمشغول بملكه[٢]، وذلك لا يوجب يد الواهب على الموهوب، أكثر ما فيه أن يد الواهب قائمة على الدار والجوالق والطعام المتاع فيها، إلا أن هذه الأشياء تابعة وأنه يحفظ ما فيها، وقيام اليد على المبيع لا يوجب قيام الهبة[٣] على الأصل، ولا كذلك المسألة الأولى.

ونظيره: إذا وهب جاريته من رجل وعليها حلي، وهب الجارية دون الحلي وسلمها فالهبة تامة؛ لأن الموهوب شاغل لملك الواهب، وبمثله لو وهب الحلي دون الجارية وسلم الجارية فالهبة غير تامة، وكذلك إذا وهب دابة وعليها سرج ولجام، وهب الدابة دون السرج واللجام فالهبة تامة، ولو وهب السرج واللجام فالهبة غير تامة، والمعنى ما ذكرنا.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا وهبت المرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها ولها أمتعة والزوج ساكن فيها[٤] يصح؛ لأن الدار مع ما فيها[٥] للمرأة

---

(١) في م: مشغولة.
(٢) في م: بملك.
(٣) في م: اليد.
(٤) زاد في أ: لا.

والمتاع في يد الزوج، فكانت الدار في يد الموهوب له معنى، فصحت الهبة.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله -: لا يجوز للرجل أن يهب من امرأته، أو أن تهب [المرأة][1] لزوجها، أو لأجنبي دارًا وهما ساكنان فيها، وكذلك الهبة للولد الكبير؛ لأن يد الواهب ثابتة على الدار.

وفي المنتقى: رجل وهب عبده لرجل وعلى عنقه[2] شيء يحمله وهب العبد دون الذي على عنقه وسلمه، جازت الهبة في[3] العبد، ولو وهب حمارًا عليه حمل وهب الحمار دون الحمل لا يجوز.

وهذه المسألة: تخالف مسألة هبة الدابة وعليها سرج أو لجام من حيث الظاهر، ولو وهب لرجل أرضًا فيها زرع أو وهب نخيلاً فيها تمر، أو وهب زرعًا أو نخلاً في أرض أو تمرًا في نخل، لم تجز الهبة؛ لأن الموهوب متصل بغير الموهوب اتصال خلقة، فكان[4] بمنزلة مشاع[5] يحتمل القسمة، والطرفان في حق هذا المعنى على السواء، فإن[6] كان [وهب][7] هذا الزرع وأمره[8] بالحصاد، أو وهب الثمرة وأمره بالجذاذ والقبض، جاز استحسانًا، أو وهب دارًا وسلمها إلى الموهوب له وفي الدار متاع الواهب، ثم وهب المتاع بعد [ذلك][9] منه وسلمه إليه جازت الهبة في المتاع، ولا تجوز في الدار، ولو وهب المتاع أولًا، وسلمه إليه، ثم وهب الدار وسلمها إليه

---

(٥) زاد في أ: من.
(١) سقط في م.
(٢) في م: عنق العبد.
(٣) في م: و.
(٤) في م: وكان.
(٥) في م: متاع.
(٦) في م: وإن.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: وأمر.
(٩) سقط في م.

جازت[١] الهبة في الكل، وكذلك إذا وهب الجراب[٢] والجوالق ولم يسلمه حتى وهب الطعام وسلمه جملة، جازت[٣] الهبة في الكل.

والحاصل: أن العبرة بوقت[٤] التسليم فيعتبر الشغل وقت التسليم لا وقت الهبة.

وإذا وهب ما على ظهر غنمه من الصوف، أو وهب ما في ضرع غنمه من اللبن، وأمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض ذلك، يجوز استحسانًا، وإن لم يأمره بالجز والحلب والقبض بعد ذلك لم يجز قياسًا واستحسانًا.

ولو وهب ما في بطن جاريته وهي حامل[٥]، أو ما في بطن غنمه وسلطه على القبض بعد الوضع، لم يجز.

وكذلك لو وهب له دهنًا في سمسم قبل أن يعصر وسلطه على قبضه إذا عصر، أو وهب الزيت في الزيتون، أو الدقيق في الحنطة، قبل الطحن، فهذا كله باطل، في شرح شمس الأئمة في باب قبل باب العوض في الهبة.

* * *

(١) في م: صحة.
(٢) في أ: الدار.
(٣) في م: صحة.
(٤) في م: لوقت.
(٥) في م: حبلى.

[هبة المشاع]:

ومما يتصل بهذا النوع هبة المشاع[١] **وإنها على وجهين**: إن كان مشاعًا[٢] لا يحتمل القسمة فالهبة جائزة وهب من أجنبي أو من شريكه، [وإن كان مشاعًا يحتمل القسمة لا يجوز وهب من أجنبي أو من شريكه][٣] بلا خلاف، فالشيوع من الطرفين فيما يحتمل القسمة مانع جواز الهبة بالإجماع، وأما الشيوع من طرف الموهوب له مانع جواز الهبة عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما؛ لأن الشيوع من طرف الموهوب له لا يلحق ضمانًا بالشرع، وهو المانع من تمام الهبة في الشيوع من الطرفين، حتى إن من وهب داره من رجلين وأجمل الهبة فقال: وهبت منكما هذه الدار، على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز، وعلى قولهما: تجوز، فإن فصل بالنصف[٤] بأن قال: وهبت منكما هذه الدار نصفها منك ونصفها منك، فهو

---

(١) ذهب جمهور الفقهاء: إلى جواز هبة المشاع سواء في ذلك ما أمكن قسمته، وما لم يمكن قسمته، وسواء وهبه لشريكه أو لغيره. وقال الحنفية: لا يجوز هبة مشاع شيوعا مقارنا للعقد فيما ينقسم ولأنه ما من جزء من أجزاء المشاع إلا وللشريك فيه ملك، فلا تصح هبته؛ لأن القبض الكامل غير ممكن، وقيل يجوز هبته لشريكه. أما إذا كان المشاع غير قابل للقسمة، بحيث لا يبقى منتفعا به إذا قسم تجوز هبته.

ويجوز إجارة المشاع للشريك باتفاق الفقهاء، أما إجارته لغير الشريك فقد اختلف الفقهاء في صحته. فذهب المالكية والشافعية: إلى صحة إجارة المشاع، وهو قول الصاحبين: (أبي يوسف ومحمد)، ورواية عن أحمد، لأن الإجارة أحد نوعي البيع، فتجوز في المشاع، كما تجوز في بيع الأعيان، والمشاع مقدور التسليم بالمهايأة؛ ولأنه عقد في ملكه، يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع؛ ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معا فجاز لأحدهما فعله في نصيبه منفردا كالبيع. وقال أبو حنيفة وزفر، وهو القول الراجح عند الحنابلة: لا تجوز إجارة المشاع؛ لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمغصوب؛ ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه، ولا ولاية له على نصيب شريكه.

ينظر: الدر المختار وحاشيته (٤/ ٥١٠ - ٥١١) (٥/ ٢٩)، الفتاوى الهندية (٤/ ٤٤٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٣٥)، الشرح الصغير (٤/ ٥٩ - ٦٠)، أسنى المطالب (٢/ ٤٠٩)، روضة الطالبين (٥/ ٣٧٣)، المغني (٤/ ٥٥٣)، (٥/ ٦٥٥).

(٢) في م: المشاع مما.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بالتنصيف.

على هذا الخلاف، على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز، وعلى قولهما: يجوز.

وذكر ابن سماعة هذا الخلاف على هذا الوجه في نوادره.

ولو كان قال لأحدهما: وهبت لك نصف الدار ولهذا نصفها، لم يجز بلا خلاف.

وإن كان التفصيل بالأثلاث بأن قال: وهبت لكما هذه الدار ثلثها لك وثلثاها لك، ذكر في بعض النوادر: أنه لا يجوز بالاتفاق.

وفي نوادر ابن سماعة: أن على قول محمد - رحمه الله -: يجوز، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: لا يجوز.

فإنما تعتبر القسمة والإفراز وقت القبض لا وقت الهبة، حتى إن من وهب نصف الدار شائعًا ولم يسلم حتى وهب النصف الباقي وسلم الكل جاز.

وعلى أصل أبي يوسف ومحمد: إذا وهب الدار لرجلين وسلم إليهما جملة يجوز، ولو سلم [إلى كل](١) واحد منهما نصف الدار لا يجوز، بهذا بين لك أن العبرة بحالة(٢) القبض.

وإذا قال لغيره: وهبت لك نصيبي من هذا العبد، والموهوب له لا يعلم كم نصيبه، صحت الهبة؛ لأن العبد لا يحتمل القسمة، في آخر شفعة عصام.

وفي آخر كتاب الصرف: اشترى شيئًا بعشرة فوجد دانقًا زائدًا فوهب المشتري الدانق الزائد، ينظر: إن كانت الدراهم صحاحًا يضرها التبعيض يجوز وتكون هبة مشاع لا يحتمل القسمة.

وذكر الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله - في شرحه: إذا وهب الرجل لرجل نصف درهم(٣) صحيح من الدراهم العدلية(٤) يجوز، هذا هو الصحيح

---

(١) في م: لكل.
(٢) في م: لحالة.
(٣) في م: داره.

وجعل هذا بمنزلة [هبة][(١)] مشاع لا يحتمل القسمة، وذكر أصلاً، وقال: كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانًا لماليته[(٢)] فإنه لا يحتمل القسمة، وإذا لم يوجب التبعيض نقصانًا في ماليته يحتمل القسمة، خرج على [هذا هبة][(٣)] بعض العدلي[(٤)]؛ لأن التبعيض يضره، فكان هبة بعضه هبة مشاع لا يحتمل القسمة، وعلى هذا كل درهم صحيح يضره التبعيض، وكذلك الدينار الصحيح إذا كان يضره التبعيض تجوز هبة بعضه.

وذكر الصدر الشهيد في واقعاته في باب: ما[(٥)] إذا وهب درهمًا صحيحًا لرجلين، تكلموا فيه، والصحيح أنه يجوز ذكر الدراهم مطلقًا من غير فصل بين ما إذا كان يضره التبعيض أو لا يضره، والوجه فيه: أن الدرهم الصحيح لا يكسر عادة، وإن كان لا يضره التبعيض وكان مشاعًا لا يحتمل القسمة عادة، والشيوع الطارئ في الهبة لا يبطل الهبة، وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاثنين فاسدة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وليست بباطلة حتى إذا قبضا[(٦)] ذلك ثبت لهما قبل القسمة ملك فاسد، مذكور في الزيادات في باب التتميم[(٧)].

وفي أجناس الناطفي وواقعاته: أنها باطلة[(٨)].

وفي المنتقى: إذا وهب دارًا لابنين له، أحدهما صغير في عياله، والآخر كبير، قال: إن قبض الكبير جازت الهبة.

---

(٤) في أ: العددية.
(١) سقط في م.
(٢) في م: في ماليته.
(٣) في أ: الهبة.
(٤) في أ: العددي.
(٥) في م: الباء.
(٦) في م: قضى.
(٧) في م: التيمم.
(٨) مجمع الأنهر (٢/ ٣٥٩).

وذكر في موضع آخر: أن الهبة فاسدة عند الكل. وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في فتاويه، ولا شك في فساد هذه الهبة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإنما الشك عندهما: أنه لو وهب داره من كبيرين يجوز عندهما، وفي هذه المسألة قالا: الهبة فاسدة.

والفرق: أن في هذه المسألة، الهبة للصغير انعقدت لقيام قبض الأب مقام قبضه، والهبة من الكبير احتاجت إلى قبض الكبير، فكانت الهبة من الصغير شائعة معنى فيتمكن الشيوع، ولا كذلك إذا وهب من الكبير.

قال البقالي في فتاويه: والحيلة أن يسلم الدار إلى الابن الكبير أولًا: ثم يهبها لهما أحد الشريكين.

إذا قال لصاحبه: وهبت لك حصتي من الربح، فإن كان المال قائمًا لا تصح الهبة؛ لأنه هبة مشاع [يحتمل القسمة، وإن كان مالكًا تصح الهبة؛ لأنها هبة مشاع][(١)] لا يحتمل القسمة، وهو [هبة][(٢)] الدين.

وفي فتاوى أهل سمرقند: عبد بين رجلين، وهب [له][(٣)] أحدهما شيئًا يحتمل القسمة، لا يصح أصلاً؛ لأنها لما لم تصح في نصيب الواهب كان في نصيب غير الواهب هبة المشاع فيما يحتمل القسمة إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة، وإن كان الموهوب مما لا يحتمل القسمة صحت الهبة في نصيبه؛ لأن[(٤)] حصة صاحبه هذا هبة مشاع لا تحتمل القسمة، [والله أعلم][(٥)].

❊ ❊ ❊

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: لا.
(٥) سقط في م.

الفصل الثالث

في هبة المجهول[١]

في العيون: دفع إلى آخر ثوبين [وقال له][٢]: أي ما شئت فلك والآخر لأبيك فلان وهو معين، فإن بين الذي له قبل أن ينصرفا جاز؛ لأن ارتفاع الجهالة في آخر المجلس كارتفاع أوله، وإن تفرقا قبل أن يبين لم يجز؛ لأن الجهالة لم ترتفع بل تقررت.

---

(١) ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الشيء الموهوب أن يكون موجودا حين الهبة، لأنها تمليك في الحال، وبناء عليه لا يصح هبة ما ليس موجودا وقت العقد، كما لو وهبه ما يثمر نخله هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة ونحوه. ومثله: لو وهبه ما في بطن هذا الحيوان حتى وإن سلطه على القبض عند الولادة. ومثله: لو وهبه زبدا في لبن أو دهنا في سمسم لأنه معدوم في الحال. وهذا بخلاف ما إذا وهبه صوفا على ظهر غنم وجزه وسلمه، فإنه يجوز لأن الشيء الموهوب موجود ومملوك في الحال، لكنه لم ينفذ حالا لمانع، وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب، فإذا جزه فقد زال المانع فينفذ عند وجود القبض، وصار كما لو وهب شخصا مشاعا ثم قسمه وسلمه. وبناء على ما تقدم فإن هبة المعدوم والمجهول لا تجوز، لأن الهبة تمليك، وتمليك المعدوم والمجهول لا يجوز فيقع العقد باطلا، وهذا على مذهب الجمهور. وذهب المالكية إلى جواز هبة كل مملوك وإن كان لا يصح بيعه كالبعير الشارد والمجهول، والثمرة قبل بدو صلاحها والمغصوب، إذ الأصل عند المالكية أنه يصح هبة كل ما يقبل النقل شرعا وإن كان مجهولا. كما صرح المالكية بالنسبة لهبة المعدوم بأن الذي يهب ثمرة نخله لرجل عشرين سنة أو أقل أو أكثر أن ذلك جائز. وقال الحنابلة: إن كان الشيء الموهوب مجهولا فلا يخلو: إما أن يتعذر علمه أو لا. فإن كان يتعذر علمه كزيت اختلط بزيت أو شيرج، فإن الصحيح في المذهب صحة الهبة كالصلح على مجهول للحاجة، وقيل: لا يصح. وإن كان مما لا يتعذر علمه كالحمل في البطن واللبن في الضرع والصوف على الظهر، فالصحيح عدم الصحة للجهالة وتعذر التسليم، وعليه جماهير الأصحاب، وقيل: تصح هبة المجهول.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١١٩)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٤٨)، والقوانين الفقهية، ص (٣١٥)، وشرح الخرشي (٧/ ١٠٣)، ومنح الجليل (٤/ ٨٢)، المدونة (٦/ ١٢٤)، والذخيرة، للقرافي (٦/ ٢٢٦)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٩٩)، والمغني والشرح الكبير (٦/ ٢٦٢)، والإنصاف (٧/ ١٣١، ١٣٢)، الكشاف (٤/ ٣٠٦)، الأشباه والنظائر، للسيوطي ص (٤٦٩).

(٢) سقط في م.

وعلى هذا لو وهب غلامًا لآخر على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام، فإن اختار[١] الهبة قبل أن يتفرقا جازت الهبة، وإن لم يختر[٢] حتى تفرقا لم يجز.

ولو كان معه درهمان فقال للآخر: وهبت لك درهمًا منهما، فإن كان الدرهمان مستويين لا يجوز؛ لأن الهبة تناولت أحدهما[٣] وهو مجهول، فإن كانا متفاوتين[٤] جاز؛ لأن الهبة تناولت وزن درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة.

وفي مجموع النوازل: رجل له على رجل ألف درهم صحيح وألف درهم غلة، قال: [وهبت لك أحد الألفين، يجوز، والبيان إليه.

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: رجل قال لقوم: إني قد][٥] وهبت جاريتي هذه لأحدكم[٦] فليأخذها من شاء، فأخذها واحد منهم، كانت له.

وفيه - أيضًا -: [رجل][٧] قال: أذنت للناس في تمر نخيلي فمن أخذ شيئًا فهو له، فبلغ الناس فأخذوا منه، كان لهم.

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: إذا قسم الإمام الغنائم في أرض الحرب بين الغانمين وباعها من تجار[٨] دخلوا معه، فلحقهم العدو وعجزوا عن إخراجها إلى دار الإسلام، فأراد المشترون والذين وقع ذلك في سهامهم أن يرموا بالمتاع ليحرقوه فرموا به، ثم بدا لهم فقالوا: من أخذ من ذلك شيئًا فهو له، وأخذ[٩] ذلك أقوام من المسلمين، صار ذلك لهم حين أخذوه، أخرجوه إلى دار الإسلام أو

---

(١) في م: أجاز.
(٢) في م: يجز.
(٣) في م: لأحدهما.
(٤) في أ: متفرقين.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: حدكم.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: قوم من التجار.
(٩) في م: ويأخذ.

لم يخرجوه.

علل محمد - رحمه الله - فقال: لأن هذا بمنزلة الهبة منهم.

بيانه: أن قول صاحب المتاع: من أخذ من ذلك شيئًا، يملك المتاع من الآخذ بغير مال، والأخذ من الآخذ قبول لذلك التمليك[١]، فقد جرى بين صاحب المتاع وبين الآخذ عقد هبة فصار ملكًا للآخذ بالهبة لا بالأخذ، فهو معنى قول محمد - رحمه الله - لأن هذا بمنزلة الهبة منهم.

فإن قيل: قوله: من أخذ من ذلك شيئًا يملك المتاع من الآخذ، كما يحتمل أن يكون هبة يحتمل أن يكون إقراضًا فيجعل إقراضًا؛ لأن الإقراض بمنزلة أقل من الهبة، فكان الإقراض مُتيقنًا والهبة مشكوكًا فيها، وإثبات المُتيقن [أولى][٢] من إثبات المشكوك، هذا كما قالوا في رجل قال لغيره: خذ هذه الألف واعمل بها ليكون الربح كله لك، كان ذلك إقراضًا[٣] من صاحب المال ولا يكون هبة؛ لأنه يحتمل كلا الأمرين، والقرض أقل.

وقال محمد - رحمه الله - في كتاب المزارعة: رجل قال لآخر: خذ هذا الكر وازرع [به][٤] أرضي ليكون الخارج كله لك، صار مُعيرًا للأرض مُقرضًا الكر منه، ولم يصر واهبًا الكر؛ لأن القرض أقل، كذا هنا.

وجواب هذا هكذا إذا أمكن تجويز[٥] الهبة والقرض جميعًا كما في المسألتين اللتين أوردتهما، فإن هناك أمكن تجويز الأمرين، فإنه كما [يجوز هبة الألف][٦] يجوز إقراض الألف، وكما يجوز هبة الكر من الحنطة أو الشعير يجوز إقراضه، فإذا

(١) في م: التعليل فقد جرى بين ذلك التعليل.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: قرضًا.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: تحويل.
(٦) سقط في م.

أمكن تجويز الأمرين كان تجويزه قرضًا حالة الاحتمال وأنه أقل الأمرين أولى، أما إذا أمكن تجويز الهبة ولم يمكن تجويز القرض، يجعل[١] هبة ولا يجعل[٢] قرضًا؛ لأن تصرف المُكلف[٣] المسلم إذا دار بين الفساد والجواز يحمل على الجواز حملاً لأمره على الصلاح عند الإمكان؛ ألا ترى أن في مسألة المزارعة جعلنا الأرض عارية ولم نجعلها قرضًا؛ لأن قرض الأرض لا يجوز، وإعارتها تجوز، فحمل على ما يجوز عند الاحتمال.

إذا ثبت هذا فنقول: قول هو لا، [وقول: هو نعم][٤]، من أخذ من ذلك شيئًا، يمكن تجويزه هبة، و[لا يمكن][٥] قرضًا؛ لأن هذا الكلام صادف ما هو من ذوات الأمثال، وما ليس من ذوات الأمثال، ولا يجوز قرض ما ليس من [ذوات][٦] الأمثال كالعروض والجواري، ويجوز هبته، فجعلناه هبة حملاً لكلامه على الصحة، حتى لو حصل هذه المقالة فيما هو من ذوات الأمثال نجعله[٧] قرضًا كما في كلتا المسألتين.

فإن قيل: تجويزه هبة مُتعذر - أيضًا-؛ لأن الموهوب له مجهول وقت الهبة، وجهالة الموهوب [له][٨] وقت الهبة يمنع جواز الهبة؛ ألا ترى أن من قال: وهبت هذا المُعين لواحد من عرض الناس، كانت الهبة فاسدة لجهالة الموهوب له وقت الهبة، وكذلك الموهوب مجهول وقت الهبة؛ وجهالة الموهوب تمنع جواز الهبة.

---

(١) في م: يجعله.
(٢) في م: يجعله.
(٣) في م: المكلم.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: لا يكون.
(٦) سقط في م.
(٧) في أ: فجعله.
(٨) سقط في م.

قلنا: الموهوب له والموهوب وإن كانا مجهولين وقت الهبة إلا أن الجهالة تزول عند [القبض، وما][(١)] يمنع جواز الهبة إذا زال عند القبض يحكم بجواز الهبة ويجعل كأنه لم يكن وقت الهبة؛ ألا ترى أن من وهب لرجل [مشاعًا يحتمل القسمة][(٢)] وقسم وسلم مقسومًا يجوز ويجعل كأن الشيوع لم يكن موجودًا وقت الهبة، وهذا لما عرف أن تمام الهبة بالقبض، فتكون العبرة بحالة القبض، وعند القبض الموهوب والموهوب له معلومان فيجوز كما لو وهبه[(٣)] بعد الأخذ.

وفي الفتاوى: سئل نصر[(٤)] - رحمه الله - عمن وهب لآخر لؤلؤة قد ضلها وسلطه على قبضها متى وجدها، قال: هذه هبة باطلة عند أبي يوسف - رحمه الله -، جائزة عند زفر - رحمه الله -.

وكذلك إذا وهب لرجل عبدًا غائبًا عن مجلس الهبة وأمره بقبضه فقبضه جازت الهبة؛ لأن الهبة تمامها بالقبض، فصار كأنه قال: اقبضها ثم أمسكها لنفسك هبة.

وكذلك إذا وهب الدين[(٥)] من غير من عليه الدين وأمره بالقبض فقبضه تمت الهبة؛ لأن عند القبض تصير الهبة عينًا، وتمام الهبة بالقبض، فصار كأنه قال: اقبضه ثم اجعله لنفسك هبة، فكذا هاهنا عند الأخذ يصير كأن المالك قال للآخذ: هو هبة لك وقت أخذ[(٦)] الموهوب والموهوب له معلومان.

واستدل محمد - رحمه الله - في الكتاب لبيان جواز الهبة من المجهول وقت الهبة بحديث عبد الله بن قرط قال: قال رسول الله ﷺ: «أفضل الأيام عند الله تعالى يوم النحر ثم يوم القرى»[(٧)]، اليوم الثاني من النحر سمي اليوم الثاني بهذا

---

(١) في م: النقض ولما.
(٢) في م: متاعا.
(٣) في م: وهب له.
(٤) في م: نصير.
(٥) في أ: العين.
(٦) في م: الأخذ.
(٧) أخرجه أبو داود (٥٤٨/١) كتاب المناسك، باب: الهدى إذا عطب قبل أن يبلغ برقم =

الاسم؛ لأن الحاج في اليوم[١] الثاني من النحر يقرون في رحالهم لفراغهم[٢] عما كانوا مشغولين به من أعمال المناسك يوم عرفة، ثم قلت[٣]: وقرب إلى رسول الله ﷺ بدنات خمسًا أو ستًّا فطفقن يزدلفن إليه وما انتهى بعد فلما وجبت جنوبها قال ﷺ كلمة لم أفهمها فسألت بعض من يليه ماذا قال رسول الله ﷺ فقال: قال رسول الله ﷺ: «من شاء اقتطع[٤] »[٥] وقوله: من شاء اقتطع، كان هبة للقاطع ما اقتطع منه، وكان القاطع مجهولًا وقت هذه المقالة، ثم جوز رسول الله ﷺ ذلك لما أنه كان معلومًا وقت الأخذ.

واستدل - أيضًا - بجواز الهبة للمجهول من نثر السكر في عرس ونحوه فانتهبه الناس صار ذلك ملكًا لهم، وحين نثر السكر فقد ملكه ممن ينتهبه؛ لأنه نثره للانتهاب ورضي أن يصير ملكًا لمن انتهبه، والمنتهب بالانتهاب أحال[٦] ذلك التمليك فصار ملكًا له؛ ألا ترى أن في هذه الصورة المنتهب والمنتهب مجهول وقت الأمر بالانتهاب، ولكن لما كانا معلومين وقت الانتهاب الذي هو وقت ثبوت الملك كفى ذلك للجواز، ولمسألة[٧] نثر السكر فروعات[٨] كثيرة قد ذكرناها في كتاب الاستحسان.

ثم إذا أخذ قوم من ذلك شيئًا وأراد أصحابه أن يرجعوا فيه كما يرجع في الهبة،

= (١٧٦٥)، والبخاري في التاريخ الكبير (٥/ ٣٥) رقم (٦٢)، وابن حبان في صحيحة (٧/ ٥١) كتاب الصلاة، باب: العيدين، برقم (٢٨١١) من حديث عبد الله بن قرط.

(١) في م: يوم.
(٢) في أ: بفراغهم.
(٣) في م: قال.
(٤) في أ: قطع.
(٥) تقدم.
(٦) في م: أجاب.
(٧) في م: والمسألة.
(٨) في م: فرعات.

فإن أرادوا[١] الرجوع قبل أن يخرجه الذين أخذوه إلى دار الإسلام فلهم ذلك، وإن أخرجوه إلى دار الإسلام فليس لهم ذلك.

علل في الكتاب فقال: لأن هذا قد زاد فيه، وكان ينبغي أن يكون لهم حق الرجوع في الفصول كلها؛ لأن الهبة وإن ازدادت، إلا أنها ما ازدادت في عينها وإنما ازدادت من حيث القيمة فكانت نظير الزيادة من حيث السعر، وتلك الزيادة لا تمنع الرجوع، فهذه الزيادة يجب أن تكون كذلك.

والجواب: هذه الزيادة في العين من حيث المعنى؛ لأن المأخوذ في معنى التاوي ما دام في دار الحرب؛ لأن دار الحرب للمسلم موضع[٢] حرب فكان ماله على شرف التوى، وبالإخراج إلى دار الإسلام أو إلى موضع يقدر على الحمل يزول ذلك التوى، فيصير بمنزلة الزيادة من حيث المعنى من هذا الوجه.

ونظير هذا: [إذا][٣] رد الآبق يستحق الجعل، ويحبس العبد بالجعل؛ لأن الآبق في معنى التاوي؛ ولهذا لا يجوز للمولى بيعه و[لا][٤] هبته، فالراد[٥] بالرد أحياه حتى ملك المولى هذه التصرفات فيه، كأنه استفاد الملك [فيه][٦] من جهته فصار نظير البائع فيستحق الجعل والحبس به فكذلك هاهنا.

وإن كان أخذ هذا المتاع من سمع هذه المقالة من صاحب المتاع [أو من لم يسمعها من صاحب المتاع وإنما سمعها ممن سمع من صاحب المتاع][٧] فهو له، وإن أخذها من لم يسمعها لا من صاحب المتاع ولا ممن سمع من [سمع من][٨]

---

(١) في م: أراد.
(٢) في م: دار.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: فالرد.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.

صاحب المتاع فإنه لا يملكه، وهذا لما ذكرنا أن هذا الكلام من صاحب المتاع فهو بمنزلة الهبة، والأخذ من الآخذ قبول لتلك الهبة، والقبول إنما يعمل به من يسمع خطاب الهبة من الواهب إما حقيقة أو حكمًا، ففيما إذا لم يسمع هذه المقالة من صاحب المتاع ولا ممن سمع منه، لم يوجد سماع خطاب الهبة لا حقيقة ولا حكما، وفيما إذا سمع ممن سمع من صاحب المتاع وجد سماع الخطاب حكمًا؛ لأن الذي أخبره بذلك سفير عن صاحب المتاع ينقل عبارته فكأنه سمع من صاحب المتاع.

وقد قال محمد - رحمه الله - أيضًا في السير: إذا قال الأمير لأهل العسكر: من ساق هذه الأموال[١] إلى موضع كذا فله كذا، فساقها قوم لم يسمعوا هذه المقالة من الأمير، إنما سمعوها ممن سمعها من الأمير، أنه لا أجر لهم، وعلى قياس ما [ذكر هنا][٢] يجب أن يكون لهم الأجر.

واختلفت عبارة المشايخ في بيان الفرق، قال بعضهم: الإجارة أضيق جوازًا من الهبة حتى إن الإجارة [لم تبطل][٣] بالشروط الفاسدة، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، فلضيق أمر الإجارة لم يكتف فيها بسماع الخطاب حكمًا واعتبر السماع الحقيقي، ولسعة أمر الهبة اكتفي فيها بسماع الخطاب حكمًا.

قال بعضهم: الإجارة عقد لازم بنفسها ولا يتوقف حكمها على القبض، فيعتبر سماع خطاب العقد حالة العقد ولم يوجد، وإنما ساق الأموال[٤] بغير عقد فكان مُتطوعًا.

فأما الهبة فتمامها بالقبض، والقبض فيها كالقبول في سائر العقود، فإذا قبض وهو عالم بالخطاب، [صار][٥] كأن المخاطب خاطبه بالعقد حالة القبض، فحصل قبضه

(١) في م: الارمال.
(٢) في م: ذكرنا.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: الارمال.
(٥) سقط في م.

على وجه الهبة فيملكه بالقبض.

نظيره: الرجل إذا باع دينًا له على رجل [من رجل][١] لم يجز؛ لأن البيع لازم بنفسه فيوجب[٢] حقوقه وقت وقوعه؛ ووجدناه[٣] لا يملك تسليم ما باع وقت ما باع فبطل العقد، ولو وهب دينًا له على رجل من غيره وأمر الموهوب له بقبضه فقبضه، جازت الهبة لما أن تمام الهبة بالقبض، فصار كأن خطاب الهبة وجد بعد القبض.

ثم فرقوا[٤] بين مسألة المتاع وبين مسألة نثر السكر، فقالوا في مسالة المتاع: متى لم[٥] يسمع مقالة صاحب المتاع لا حقيقة ولا حكمًا لا يملك المتاع بالأخذ، وقال في مسألة نثر السكر: من أخذ السكر ملكه [سواء][٦] عاين صاحب [نثر][٧] السكر، أو لم يُعاين.

والفرق: أن الهبة في مسألة المتاع [تثبت][٨] مقصودًا؛ لأن قول صاحب المتاع: من أخذه فهو له، [تمليك][٩] قصدي، والهبة متى تثبت قصدًا فإنما يصح قبولها ممن سمع الخطاب حقيقة أو حكمًا، أما في مسألة السكر الهبة تثبت حكمًا بالبيان[١٠] لا مقصودًا، وما يثبت حكمًا للشيء لا يراعى له من الشرائط ما يراعى لما يثبت[١١] مقصودًا، والله أعلم بالصواب.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: فيجب.
(٣) في م: ووجد أنه.
(٤) في م: فرق.
(٥) في م: من لم.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: للنثار.
(١١) في م: ثبت.

الفصل الرابع
في حكم الشرط في الهبة
ويدخل فيه شرط الخيار في الإبراء(١) عن الدين

في البقالي عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا قال لغيره: هذه العين لك إن

---

(١) الإبراء مشروع في الجملة، وتعرض له الأحكام التكليفية الخمسة المعروفة:
فيكون واجبًا إذا سبقه استيفاء؛ لأن فيه اعترافًا بالبراءة لمستحقها، فهو من باب العدل المأمور به في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ﴾ [سورة النحل: ٩٠] والمؤكد بالحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، ومن أمثلته في باب السلم: إذا أحضر المسلم إليه مال السلم الحال لغرض البراءة، أجبر المسلم على القبول، أو الإبراء. فهذا واجب تخييري. وكذلك الحكم في المفلس، فله إجبار الغرماء على أخذ العين إن كانت من جنس حقهم، أو إبرائه. وقد يكون حرامًا، كما لو جاء ضمن عقد باطل؛ لأن استبقاء الباطل حرام. وتعرض له الكراهة فيما إذا أبرأ وارثه أو غيره عن أكثر من ثلث ماله وهو في مرض الموت حيث أجازه الورثة، ومستند الكراهة ما في ذلك الإبراء من تضييع ورثته، لقوله ﷺ لسعد بن أبي وقاص حين هم بالتصدق بجميع ماله: «إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس». أما الثلث فقد أقره عليه. على أن الحكم الغالب له الندب، ولذا يقول الخطيب الشربيني: «الإبراء مطلوب، فوسع فيه، بخلاف الضمان» ذلك لأنه نوع من الإحسان؛ لأنه في الغالب يتضمن إسقاط الحق عن المعسر الذي يثقل الدين كاهله. وحتى إذا كان الإبراء لمن لا يعسر عليه الوفاء، فإنه مما يزيد المودة بين الدائن والمدين، فلا يخلو عن معنى البر والصلة، وذلك مما يتناوله قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖۚ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡۖ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٠] وفي ذلك أحاديث كثيرة، منها: حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - حين قام بوفاء دين أبيه، وخبر معاذ بن جبل، وكعب بن مالك، حين أعسرا، حيث ثبت حضه عليه الصلاة والسلام الدائنين على إسقاط كل الدين أو بعضه عنهم. وأشار إلى أنه: لذلك لا يحتاج إلى نية ولا قرينة. وأشار القاضي زكريا إلى أنه عقد غبن فتوسع فيه - بخلاف البيع القائم على المعاوضة - لذا لا عهدة فيه، ولا خيار، وتغتفر فيه جهالة الوكيل بمقدار الدين، وتجري فيه الكنايات عن العدد فتفسر، وقد صرح بعض الشافعية بأن الإبراء للمعسر أفضل من القرض، وأن القرض في غير هذه الحالة أفضل منه. والإبراء في غير الأحوال المشار إليها هو على أصل الإباحة الجارية في معظم العقود والتصرفات التي بعث النبي ﷺ والناس يتعاملون بها فأقرهم عليها، ولا سيما في حالة عجز المبرئ عن تحصيل حقه من منكره؛ لأن الإحسان هنا غير وارد، لفقدان محله.
ينظر: حاشية قليوبي (٢/٢٥٦)، وشرح الروض (٢/٢٠١)، مغني المحتاج (٢/٢٠٣).

شئت، ودفعه إليه، فقال: شئت.

وعن محمد - رحمه الله -: في الثمر إذا طلع قال صاحب الثمر لغيره: هو لك إن أدرك، أو قال: إذا كان ثمة، فهو جائز، بخلاف دخول الدار.

في المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - قال لغيره: وهبت لك هذه الأمة على أن تعوضني ألف درهم، فدفع إليه فوطئها فولدت له، قال: آمره أن يدفع العوض الذي [شرطا أو القيمة](١) وإنما كان كذلك؛ لأن الجارية صارت مملوكة للموهوب له بالقبض، والواهب إنما رضي بتملكه إياها بعوض مقدر، وتعذر الجبر على أداء العوض بحكم المعاوضة، والهبة بشرط العوض لم تنعقد معاوضة في الحال فبقيت الجارية في يد الموهوب له مملوكة بعوض لا يمكن الجبر عليه فشابه المملوك [ملكًا فاسدًا](٢)، فإن دفع العوض الذي شرط عليه وإلا قضي عليه بالقيمة.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: سئل أبو نصر عن رجل قال لآخر: أبرأتك عن الحق الذي عليك على أني بالخيار، قال: البراءة جائزة، والخيار باطل؛ ألا ترى أنه لو وهب له شيئًا على أنه بالخيار جازت الهبة وبطل الخيار، والبراءة أولى؛ لأن الهبة يحتاج فيها إلى القبول، والبراءة لا يحتاج فيها إلى القبول.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: امرأة قالت لزوجها: وهبت منك مهري، على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي، فهذا على وجهين: إما ألا يقبل، أو قبل.

ففي الوجه الأول: يصح الهبة، وفي الوجه الثاني: لا يصح.

فبعد ذلك المسألة على قسمين: إما أن يجعل أمرها بيدها، أو لم يجعل، فإن جعل فالهبة ماضية، وإن لم يجعل فكذلك، هكذا ذكرها هنا عن الشيخ أبي بكر

---

(١) في م: شرط أو القسمة.

(٢) في م: بملك فاسد.

الإسكاف.

[وذكر في موضع: إذا قالت المرأة لزوجها: وهبت لك مهري على ألا تظلمني، فقبل، صحت الهبة، فلو ظلمها بعد ذلك فالهبة ماضية، ذكره عن الفقيه أبي بكر الإسكاف][١]، والفقيه أبي القاسم الصفار.

وفي المنتقى: امرأة قالت لزوجها: تصدقت عليك بالألف التي عليك على ألا تتسرى علي أو على ألا تتزوج، فقبل، ثم تزوج أو تسرى، فلا رجوع في الألف.

وفي كتاب النكاح في[٢] فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال الرجل لامرأته: ابرئيني عن المهر حتى أهب لك كذا وكذا، فأبرأته، ثم أبى الزوج أن يهب لها، قال نصير: يعود المهر كما كان.

وذكر في كتاب الحج: امرأة تركت مهرها على زوجها على أن يحج بها، فلم يحج بها، قال محمد بن مقاتل: مهرها عليه على حاله، اختلف المشايخ في هذا الفصل.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: والمختار للفتوى ما قاله نصير ومحمد بن مقاتل: أن المهر يعود؛ لأن الرضا بالهبة كان بشرط العوض، فإذا انعدم [العوض انعدم][٣] الرضا [بالهبة][٤]، والهبة لا تصح بدون الرضا، والذي يؤيد قول نصير ومحمد بن مقاتل ما ذكر في فتاوى الفضلي: امرأة وهبت مهرها لزوجها طمعًا في قول[٥] زوجها أنه يقطع لها ثوبًا كل حول مرتين بقدرها، وقد انقضى حولان ولم يفعل، فإن كان ذلك شرطًا في الهبة يعود المهر؛ لأن الهبة حصلت بشرط العوض. وكذلك المرأة إذا وهبت مهرها لزوجها على أن يُحسن إليها [فلم يحسن إليها][٦] كانت الهبة

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: من.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في م: محمد.
(٦) سقط في م.

باطلة.

وفي هذا الموضع - أيضًا -: إذا وهبت المرأة لزوجها ضيعة على أن يمسكها ولا يطلقها فأمسكها زمانًا ثم طلقها بعد ذلك، فإن شرطت الإمساك وترك الطلاق وقتًا مؤقتًا وطلقها قبل مضي ذلك الوقت فالهبة باطلة، وإن لم يشترط الإمساك وقتًا مؤقتًا فالهبة ماضية على الصحة؛ لأنه وفى بالشرط.

وفي الجامع الصغير[١]: إذا وهبت مهرها لزوجها على ألا يطلقها، وقبل الزوج، قال خلف: الهبة صحيحة والشرط باطل، والهبة لا تبطل بالشروط[٢] الفاسدة.

سئل [الفقيه][٣] أبو جعفر عمن منع امرأته من السير إلى أبويها فقال لها: إن وهبت لي مهرك بعثتك إلى أبويك، فقالت المرأة: أفعل، ثم قدمها للشهود فوهبت بعض مهرها وأوصت بالبعض على الفقراء، [أو على][٤] غير ذلك، [وبعد ذلك][٥] لم يبعثها الزوج إلى أبويها ومنعها، قال: الهبة باطلة، قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: لأنها بمنزلة المكرهة، والله أعلم.

* * *

(١) في م: الأصغر.
(٢) في م: بالشرط.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: و.
(٥) سقط في م.

الفصل الخامس
في هبة الوالدين للولد

إذا أراد الرجل أن يفضل بعض أولاده في الهبة في حالة الصحة، روي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنه لا بأس به إذا كان التفضيل بسبب زيادة فضل له في الدين، فإن كانوا سواء يُكره، هكذا ذكر في بعض المواضع[١].

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا بأس إذا لم يرد الإضرار بالباقي.

وذكر في بعض المواضع: أن التفضيل لزيادة بره لا بأس بذلك، وإن كانا في البر سواء لا ينبغي أن يفضل، وإن كان في ولده فاسق لا ينبغي أن يعطيه أكثر من قوته كي لا يصير مُعينًا له على[٢] المعصية.

وفي العيون: إذا كان له ابن وابنة أراد أن يهب لهما، فالأفضل أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا قول محمد - رحمه الله -.

---

(١) اتفق الفقهاء على استحباب التسوية بين الأولاد في الهبة، وكراهية تفضيل بعضهم على بعض ومعنى ذلك أن الأب يعدل بين أولاده بالهبة والعطية، وإذا خص بعضهم بهبة دون بعض فهل يجوز له هذا التخصيص وتصح الهبة أو لا؟

اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في ذلك على قولين:

القول الأول: يجوز للأب تخصيص بعض أولاده بالهبة، وتصح مع الكراهة. وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية.

القول الثاني: لا يجوز له ذلك، فإن فعل لم تصح الهبة، ويؤمر بالرد، أو بالعدل بإعطاء الآخرين. وهذا مذهب الحنابلة، والظاهرية. فإن كان حرمان بعض الولد لفسقه لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله، فقد اختلف القائلون به على قولين:

القول الأول: المنع من ذلك. وهو أحد قولي الحنابلة، ومقتضى مذهب الظاهرية.

القول الثاني: لا بأس بذلك. وهو القول الآخر عند الحنابلة.

ينظر: المبسوط (١٢/ ٥٦)، بدائع الصنائع (٦/ ١٢٧)، الفواكه الدواني (٢/ ١٥٩)، المهذب (١/ ٤٤٦)، روضة الطالبين (٥/ ٣٧٨)، المغني (٨/ ٢٥٩)، الإنصاف (١٧/ ٦٣)، التمهيد لما في الموطأ من المعانى والأسانيد، لابن عبد البر، تحقيق: سعيد أحمد ومحمد الفلاح، قرطبة، القاهرة (٧/ ٢٢٥)، الاستذكار، لابن عبد البر (٢٢/ ٢٩٧)، المحلى (٨/ ٩٥).

(٢) في م: في.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يسوي بينهما.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: هو المختار.

وإن وهب ماله كله للابن جاز في القضاء، وهو [إثم نص][(١)] عليه محمد - رحمه الله -.

وقد صح أن رسول الله ﷺ قال في مثل هذه الصورة: «اتق الله».

قال محمد في الأصل: كل شيء وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه وذلك الشيء معلوم في نفسه فهو جائز، والبعض إن لم يعلم ما وهبه له، والإشهاد ليس بشرط لازم، فإن الهبة بالإعلام لكن ذكر الإشهاد على وجه الاحتياط تحرزًا عن الجحود.

وإذا أرسل غلامه في حاجته ثم وهبه لابنه الصغير صحت الهبة؛ لأن العبد بعد الإرسال في حاجة في يد المولى حكمًا، ولو لم يرجع العبد حتى مات الوالد فالعبد للولد ولا يصير ميراثًا عن الوالد؛ لأن الوالد بنفس الهبة صار قابضًا للولد؛ لأن قبض الإنسان مال نفسه قبض أمانة، وقبض الهبة قبض أمانة فينوب ما للأب من القبض عن قبض الهبة.

وكذلك لو وهب عبدًا آبقًا له لابنه الصغير، فما دام مُترددًا في دار الإسلام تجوز الهبة ويصير الأب قابضًا لابنه بنفس الهبة، ذكر المسألة في الجامع.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله -: لو تصدق بعبد آبق له على ابنه الصغير لا يجوز، [وروى المعلى عنه: أنه يجوز][(٢)] فحصل عن أبي يوسف - رحمه الله - في المسألة روايتان.

وإذا[(٣)] كان العبد في يدي[(٤)] رجل وديعة وهبه صاحب العبد من ابنه الصغير،

---

(١) في أ: لم ينص.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: وإن.
(٤) في م: يد.

يجوز، وجعل الأب قابضًا؛ لأنه بيد مودعه.

ولو وهب عبدًا له في يدي[١] رجل آخر بغصب أو رهن أو بشراء فاسد، لا يجوز، ولا يصير الأب [قابضًا][٢] لابنه الصغير بقبض هؤلاء.

وفي فتاوى أبي الليث - رضي الله عنه -: رجل وهب [لابنه الصغير][٣] دارًا والدار مشغولة بمتاع الواهب، جاز؛ لأن الشرط قبض الواهب هاهنا، وكون الدار مشغولة بمتاع الواهب [لا يمنع قبض الواهب][٤].

وروي عن أبي حنيفة: أن الواهب إذا كان في الدار، أو كان فيها متاع الواهب أنه لا يجوز.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله -: رجل وهب دارًا لابنه الصغير وفيها ساكن بأجرة[٥] فيده على الموهوب ثابتة بصفة اللزوم فيمنع قبض غيره فيمنع تمام الهبة، بخلاف ما إذا كان ساكنًا بغير أجر وكون الواهب فيها يقرر قبضه ولا ينفيه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - برواية ابن سماعة: لو وهب لابنه الصغير دارا وهو ساكن فيها - يعني الواهب - لا يجوز كما في رواية أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وعنه - أيضًا -: رجل تصدق بأرض زرعها [الأب][٦] على ولده الصغير جاز، وإن كان الزرع لغير الأب [لا يجوز؛ لأن المُستعير يده][٧] ثابتة على الأرض بصفة اللزوم، وأنها تمنع القبض للصغير بخلاف يد الأب.

---

(١) في م: يد.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: بأجر.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: بإجارة لأن يد المستأجر.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - في رجل تصدق بداره على ولده الصغير وله فيها متاع، وهو [فيها ساكن][(١)]، أو كان فيها ساكن بغير أجر ولم يفرغها، جازت الصدقة.

وإن كانت[(٢)] في يدي[(٣)] رجل بإجارة، لم تجز [الصدقة.

قيل: جوابه في][(٤)] الصدقة فيما إذا كان فيها ساكن بأجر أو بغير أجر يوافق جوابه في الهبة، وجوابه في الصدقة فيما إذا كان هو الساكن أو كان [فيها متاع][(٥)]، يخالف جوابه في الهبة، فقد روينا عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في الهبة: إذا كان الواهب في الدار، أو كان فيها متاع الواهب[(٦)]: أن الهبة لا تجوز.

سئل الفقيه أبو بكر عن امرأة وهبت مهرها [الذي][(٧)] على زوجها لابن صغير له، وقبل الأب، قال: أنا في هذه المسألة واقف؛ إذ[(٨)] يحتمل الجواز كمن كان عبده عند رجل وديعة فأبق العبد ووهبه مولاه لابن المودع، فإنه يجوز.

وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة فقال: لا يجوز؛ لأنها هبة غير مقبوضة؛ لأنها في حكم المستهلكة.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وبه نأخذ.

ولو قال الأب: وهبت هذا الشيء لابني الصغير، جازت الهبة من غير قبول؛ لأن الأب [متول في][(٩)] هذا، وكل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب كبيع الأب

---

(١) في م: ساكنها.
(٢) في م: كان.
(٣) في م: يد.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: الذهب.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: و.
(٩) في م: يتولى.

ماله من ابنه الصغير.

ولو اتخذ لولده الصغير ثيابًا ثم أراد أن يدفع إلى ولد آخر ليس له ذلك إلا أن يبين وقت الاتخاذ أنه عارية له؛ لأن المُعتبر في هذا الباب المُتعارف و[في][(١)] العرف إنما يريدون بهذا البر والصلة، لكن العارية مُحتملة فإن بين صح وإلا فلا.

وكذلك لو اتخذ لتلميذه ثيابًا ثم أبق وأراد أن يدفع إلى غيره وأراد الاحتياط وبين[(٢)] أنه عارية، حتى لو أبق أمكنه الدفع إلى تلميذ آخر.

* * *

---

(١) سقط في م.

(٢) في م: تبين.

ومما يتصل بهذا الفصل:

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وقبض الأب والجد الهبة على الصغير جائز، سواء كان الصغير [في عيالهما][١] أو لم يكن، وكذلك وصيهما يجوز قبضهما الهبة على الصغير، سواء كان الصغير في عيالهما أو لم يكن، وأما غير الأب والجد نحو الأخ والعم والأم وسائر القرابات، القياس: ألا يملكوا قبض الهبة على الصغير وإن كان الصغير في عيالهم.

وفي الاستحسان: يملكون إذا كان الصغير في عيالهم، وكذلك وصي هؤلاء لا يملكون القبض إذا لم يكن الصغير في عيالهم، ويملكون القبض إذا كان الصغير في عيالهم، وكذلك الأجنبي الذي يعول اليتيم وليس لليتيم أحد سواه جاز له قبض الهبة عليه استحسانًا.

ويستوي[٢] في هذه المسائل التي ذكرناها[٣] إذا كان الصبي يعقل القبض أو لا يعقل، هذا كله إذا كان الأب ميتًا أو حيًّا ولكن غائبًا غيبة منقطعة، فأما إذا كان حيًّا حاضرًا والصبي في عيال هؤلاء الذين ذكرناهم هل يصح قبض هؤلاء الهبة على الصغير؟ لم يذكر هذا الفصل في الكتاب[٤] نصًّا، إلا أنه ذكر في الأجنبي: إذا[٥] كان يعول اليتيم وليس لهذا اليتيم أحد سواه، جاز له قبض الهبة عليه، وهذا الشرط يقتضي ألا يصح قبض هؤلاء إذا كان الأب حيًّا، ولم يفصل بينهما إذا كان الصغير في عياله أو لم يكن فظاهر ما أطلقه يقتضي ألا يصح.

وذكر في الأم: إذا وهبت له عبدا وأشهدت على ذلك، وأبوه ميت، جاز قبضها،

---

(١) في م: قريبا لهما.
(٢) في م: ويستثنى.
(٣) في م: ذكرنا.
(٤) في أ: الكتب.
(٥) في م: إن.

وهذا الشرط يقتضي أن[١] يصح.

وذكر في الصغيرة التي يجامع مثلها، وهي في عيال الزوج: أنه إذا[٢] قبضت هي أو الزوج جاز القبض، وهذا الإطلاق يقتضي أن يصح [القبض][٣] من الزوج حال حضرة الأب.

فمن المشايخ من سوى بين الجد والزوج والأم والأخ الذي يعوله، وقالوا: يصح القبض من هؤلاء على الصغير وإن كان الأب حاضرًا، وما [ذكر من الشروط][٤] وقع اتفاقًا في الكتب، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله -.

ومنهم من فرق بين الزوج وغيره، وقال: يصح قبض الهبة من الزوج عليها حال حضرة الأب، [ولا يصح قبض غيره حال حضرة الأب][٥] وإن كان الصغير في عياله، وإليه ذهب الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

ثم شرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة إذا كان يجامع مثلها، فمن أصحابنا من قال: إذا كان لا يجامع مثلها، لا يصح قبض الزوج، عليها والصحيح أنه إذا كان يعولها وهي لا يجامع مثلها جاز قبضه عليها، وإنما شرط ذلك لبيان [أن][٦] العول لا يجب عليها إذا كانت لا يجامع [مثلها][٧]، فأما إذا عالها مع ذلك جاز قبضه عليها.

والصغيرة إذا لم يبن الزوج بها لا يجوز قبض الزوج عليها ولكن يقبض الولي عليها.

---

(١) زاد في م: لا.
(٢) في م: إن.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: ذكره من الشرط.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

وفسر الولي في شرح الطحاوي فقال: الولي أبوه، أو وصي أبيه، ثم جده ووصي جده، ثم وصي وصيه، ثم القاضي ومن ينصبه القاضي.

ويجوز قبض الهبة عليها وإن كانت في عيال الزوج، وإن كان الصغير قد قبض الهبة بنفسه جاز قبضه استحسانًا إذا كان يعقل، وهذا قول علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -.

وإذا قبض الصبي الهبة بنفسه فقد كتب في أول الوصايا: أن قبول الهبة من الصبي صحيح إذا تمحضت الهبة منفعة في حق الصغير، أما إذا كان فيها ضرر للصبي لا يصح، حتى إذا وهب رجل لصبي عبدًا أعمى في داره، وقبل، إن [كان](١) يشتري ذلك منه بشيء فإنه(٢) يصح قبوله ولا يرد، وإن كان لا يشترى منه ويلزمه مؤنة النقل ونفقة العبد، فإنه يرد ذلك، ورد الهبة من الصبي الذي يعبر عن نفسه صحيح، ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب اللقيط، [والله أعلم بالصواب](٣).

* * *

(١) سقط في م.
(٢) زاد في أ: لا.
(٣) سقط في م.

الفصل السادس
في حكم العوض

[قال][١] في الأصل: إذا عوض الموهوب [له][٢] الواهب من هبته عوضًا وقبضه الواهب، فليس للواهب أن يرجع في هبته لحصول مقصوده، [وكذا ليس للموهوب له أن يرجع في عوضه لحصول مقصوده][٣]، وهو تأكد الملك في الموهوب، ويشترط أن يضيف الموهوب له العوض إلى الموهوب فيقول: هذا عوض عن هبتك، أو بدلها، أو مكانها، أو ما أشبه ذلك، [حتى إن الموهوب له إذا وهب للواهب شيئًا ولم يقل: هذا عوض هبتك، أو ما أشبهه][٤] من الألفاظ لا يصير عوضًا، بل يكون هبة مبتدأة، حتى كان لكل واحد منهما أن يرجع في هبته، فإذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحله أو أعمره وقال: هذا عوض [عن][٥] هبتك، جاز في كتاب الهبة في باب العوض في الهبة، والملك لا يثبت للواهب في العوض إلا بالقبض بعد القسمة؛ لأن العوض في معنى هبة مبتدأة والتعويض من الأجنبي صحيح يبطل به حق الرجوع للواهب في الهبة؛ لأنه تصرف منه في ملكه يسقط به حق الواهب في الرجوع، ومثل هذا التصرف يصح من الأجنبي [فلا يكون للواهب حق الرجوع][٦] كصلح الأجنبي مع صاحب الدين عن دينه على غيره بمال نفسه فلو[٧] صح التعويض من الأجنبي لا يكون للواهب حق الرجوع في هبته فلا يكون للمعوض حق الرجوع لا في العوض ولا في المعوض عنه سواء عوض عنه بأمره أو بغير أمره.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: وإذا.

وإذا استحقت الهبة كان للمعوض أن يرجع في عوضه إذا كان قائمًا، وإن كان هالكًا ضمن[(١)] قيمته إلا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله -.

ورواية بشر: أن المعوض لا يضمن إذا استحقت الهبة والعوض مستهلك، وإذا[(٢)] استحق العوض كان للواهب أن يرجع في هبته إن كانت قائمة، وإن كانت هالكة فليس له أن يضمن الموهوب له قيمتها، وإن استحق نصف الهبة فللموهوب له أن يرجع بنصف العوض، وإن كان العوض قد هلك فبنصف قيمته، فإن قال الموهوب له: أرد ما بقي من الهبة وأرجع بجميع العوض، لم يكن له ذلك.

وإذا استحق بعض العوض من يد الواهب فأراد [الواهب][(٣)] أن يرجع ببعض الهبة، ليس له ذلك؛ فيكون ما بقي عوضًا عن الكل، فإن شاء أمسك الباقي من العوض ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء رد ما بقي ورجع بجميع الهبة، وإن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم منها، أو[(٤)] كانت الهبة دارًا والعوض بيت منها لم يكن عوضًا، وكان للواهب أن يرجع في الهبة استحسانًا.

وكذلك [إن كانت الهبة][(٥)] دراهم وثوبًا فعوضه الدراهم أو الثوب عن كل الهبة لم يكن عوضًا استحسانًا.

والحاصل: وهو أن عقد الهبة إذا كان واحدًا لا يصير بعض الموهوب عوضًا عن البعض، وأما إذا وهب له هبتين في عقدين مختلفين فعوضه أحدهما عن الآخر، كان عوضًا، قال في الكتاب: أخذ فيه بالقياس، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: لا يكون عوضًا في الوجهين، ذكر قول أبي

(١) في م: ضمنه.
(٢) في م: وإن.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: وإن.
(٥) سقط في م.

يوسف في المنتقى.

قال أبو يوسف لنفسه أصلاً: كل [هبة][(١)] من واهب يكون له أن يرجع فيها فإنها لا تكون عوضًا عن شيء وهبة معها أو قبلها أو بعدها، وإن رضي بها عوضًا، فإن كانت قد تغيرت بزيادة كانت هبة أي عوضًا؛ لأنه لم يكن له أن يرجع فيها.

و[لو][(٢)] وهب له حنطة وطحن بعضها وعوضه دقيقًا من تلك الحنطة، كان عوضًا، وكذلك لو وهب له ثيابًا وصبغ منها ثوبًا بعصفر، أو خاطه قميصًا وعوضه إياه كان عوضًا، وكذلك لو وهب له سويقًا فلتَّ بعضه وعوضه.

قال في المنتقى: إذا وقعت الهبة بشرط العوض، فهي كالبيع إذا تقابضا، وإذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر لم يصح بعد صورة الهبة بشرط العوض، [نحو][(٣)] أن يقول الرجل لغيره: وهبتك هذا العبد على أن تعوضني هذا الثوب، فهذا التصرف ينعقد هبة ابتداء، حتى إنه لا يصح في الشائع حتى يتوقف الحكم وهو الملك على وجود القبض فيهما، وهو معنى قول الحاكم: إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر، أنه لم يصح بعد ويتم معاوضة إذا وجد التقابض، حتى يرد بالعيب [ويرجع][(٤)] في الاستحقاق ويثبت للشفيع حق الشفعة.

وإذا وهب للصغير شيء فعوضه الأب من مال الابن لا يجوز، وإذا لم يجز التعويض فللواهب أن يرجع في هبته، [والله أعلم][(٥)].

* * *

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

الفصل السابع
في حكم الرجوع في الهبة

يجب أن يعلم بأن الهبة نوعان: هبة لذي رحم محرم، وهبة لأجنبي، أو لذي رحم ليس بمحرم، أو لمحرم ليس بذي رحم، وفي جميع ذلك للواهب حق الرجوع قبل التسليم(١)، وبعد التسليم له حق الرجوع في الرحم المحرم، وفيما سوى ذلك له حق الرجوع إلا أن بعد التسليم لا ينفرد الواهب بالرجوع، [بل يحتاج فيه إلى القضاء، أو الرضا، وقبل التسليم ينفرد الواهب بالرجوع، وإذا وهب أحد الزوجين لصاحبه، لا يكون له الحق في الرجوع](٢) والمسألة معروفة.

وإذا وهب لامرأة شيئًا ثم تزوجها كان له حق الرجوع ما لم يصل إليه العوض.

وإذا وهب لامرأته ثم أبانها لا يكون له حق الرجوع، وهذا دليل على أن المُعتبر حالة الهبة في الباب الأول من المختصر الثاني: إذا وهب لأخيه هبة وهو عبد يعني الأخ الموهوب له عبد، فله أن يرجع فيها.

وإذا وهب لعبد أخيه كذلك في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما: ليس

---

(١) ذهب جماهير الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وغيرهم إلى أن حق الواهب في الرجوع في الهبة يسقط بموته، ولا ينتقل إلى ورثته من بعده لأن الخيار في الرجوع فيها حق شخصي للواهب، ثبت له لمعان وأوصاف ذاتية فيه، والحق الشخصي لا يورث. ثم إن الشارع إنما أوجب هذا الحق للواهب، والوارث ليس بواهب. وأيضا هو حق مجرد، والحقوق المجردة لا تورث ابتداء، وإنما تورث تبعا للمال، وورثة الواهب لا يرثون العين الموهوبة التي هي مال، فلا يرثون ما يتعلق بها من حق الرجوع.

ينظر: رد المحتار (٥/ ٧٠١، ٦/ ٧٦٢)، وتبيين الحقائق (٥/ ٩٩)، وشرح الخرشي (٧/ ١٠٦، ١٠٨)، وبداية المجتهد (٢/ ٢١١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٠٢)، والمدونة (١٥/ ١٢٠)، والفروق، للقرافي (٣/ ٢٧٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٤٠١)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٢١١)، وأسنى المطالب (٢/ ٤٨٤)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٥٢٠)، والمغني (٨/ ٢٤٣)، والبهجة في شرح التحفة، لعلي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م (٢/ ٢٤٦)، والقواعد لابن رجب، ص (٣٤٢).

(٢) سقط في م.

له أن يرجع فيها، هذا إذا لم يكن بين الواهب وبين العبد الموهوب له قرابة، فإن كان العبد والمولى كل واحد منهما ذا رحم من الواهب، فإن كان أخو الواهب لأبيه عبد أخ الواهب لأمه فكذلك الجواب عندهما.

واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وكان الفقيه أبو جعفر - رضي الله عنه - يقول: لا يرجع هاهنا.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: هو الصحيح في هذا الموضع.

ثم الرجوع في الهبة قد يمنع لمانع، والمانع أخذ العوض، و[أن يزداد][1] الموهوب في يديه خيرًا زيادة مُتصلة، حتى إن زيادة السعر لا تمنع الرجوع، وكذلك الزيادة المُنفصلة لا تمنع الرجوع في الأصل لما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأن يخرج الموهوب من ملك الموهوب له، وأن يموت الواهب وأن يموت الموهوب له، وأن يهلك، وأن يتغير الموهوب [له][2] من جنس إلى جنس لهلاك الموهوب لصيرورته شيئًا آخر.

ذكر في باب العطية من هبة الأصل: إذا وهب لرجل عبدًا مريضًا به جرح فداواه الموهوب له حتى برئ، فليس للواهب أن يرجع فيها للزيادة العينية الحاصلة عند الموهوب له.

وكذلك لو كان أصم أو أعمى فسمع أو أبصر.

وأما إذا مرض في يد الموهوب له فداواه حتى برئ، كان للواهب أن يرجع فيه.

وإذا كان الموهوب دارًا أو أرضًا فبنى في طائفة منها أو غرس شجرًا فلا رجوع، وهذا إذا كان ما بنى يُعَدُّ زيادة، وإن كان لا يُعد زيادة كالآرى، أو يعد نقصانًا كالتنور في الكاشانة لا يمنع الرجوع، فالمانع من الرجوع الزيادة في المالية بزيادة في العين، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.

والنقصان في الهبة بفعل الموهوب له أو لا بفعله[(١)] لا يمنع الرجوع.

الحسن بن زياد - رحمه الله - في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله: إذا وهب الرجل ثوبًا فصبغه بسواد فله أن يرجع فيه.

قال ابن أبي مالك: كان أبو يوسف - رحمه الله - يقول أولًا في هذه المسألة بقول أبي حنيفة - رحمه الله -: ثم رجع وقال: ربما أنفق على السواد أكثر مما أنفق على بعض الأصباغ فأدى إلى زيادة فليس له أن يرجع.

من المشايخ من رجح قول أبي يوسف لما أشار إليه من المعنى.

ومن المشايخ من قال: إن أبا حنيفة - رضي الله عنه - ما قال بثبوت حق الرجوع في سواد يزيد في قيمة الثوب، [وإنما قال بذلك في سواد ينتقص قيمة الثوب][(٢)].

ومنهم من قال: فتوى أبي حنيفة - رحمه الله - في مطلق السواد؛ لأن السواد آخر الألوان لأن الثوب لا يقبل [الثوب][(٣)] لونًا آخر بعده، فصار السواد نقصانًا من حيث إنه لا يقبل لونًا آخر.

وفي المنتقى ذكر هشام عن محمد - رحمه الله -: رجل وهب لرجل جارية أعجمية فعلمها القرآن والكلام والكتابة، فللواهب أن يرجع فيها في قولهم [جميعًا][(٤)]، كذلك لو علمها عملاً آخر يريد بقوله: في قول عامة العلماء، سوى قوله؛ لأنهم يقولون: ما أنفق عليها في ذلك لا يضمه[(٥)] على رأس المال في بيع المرابحة، يشير إلى أن هذا ليس بزيادة على الحقيقة إذ لو كان[(٦)] زيادة لكان ما أنفق عليها في ذلك مضمومًا[(٧)] إلى رأس المال.

---

(١) في م: يفعل.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: يضعه.
(٦) في م: كانوا.
(٧) في م: مضمونا.

قال محمد - رحمه الله -: وله أن يبيعها عليه مرابحة عندنا، فقد أشار إلى أن هذا زيادة على الحقيقة فلا يكون للواهب أن يرجع فيها.

ثم ذكر محمد - رحمه الله - لنفسه أصلاً: كلما زاد صلاحًا بفعل في العين فليس للواهب أن يرجع فيها، و[ما][(١)] كان بغير فعل أحد أو من غلاء السوق[(٢)] فله أن يرجع فيه؛ وهذا لأن ما زاد صلاحًا بفعل في العين فهو زيادة [معنوية تبذل الأعواض بإزائها فيصير نظير الصبغ المتصل بالثوب ولا كذلك ما إذا زاد صلاحًا بغير فعل أحد[(٣)].

وأبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله-][(٤)] وغيرهما من العلماء - رحمهم الله - يقولون: حق الرجوع حق [أثبته الشرع][(٥)] لفوات غرض وهو العوض، فلا يؤثر في قطعه إلا زيادة لها عين قائم متصل لتعذر الفسخ بحكم الرجوع، ويصير المحل لمكان الزيادة في حكم الهالك.

وذكر بعد هذا عن[(٦)] الحسن بن زياد عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا رجوع فيه.

قال: ثم روى أبو يوسف عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف.

ذكر الحاكم: إذا ولدت الجارية الموهوبة ولدًا، فله أن يرجع في ولدها.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إنما يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: وهب لآخر كرباسًا فقصر الموهوب له، فليس للواهب أن يرجع فيه: فرق بين هذا وبين الغسل.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: سوق.
(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٢٤٧).
(٤) سقط في م.
(٥) في م: ثبت للشرع.
(٦) في م: أن.

وفيه - أيضًا -: وهب لآخر عبدًا كافرًا فأسلم في يد الموهوب له، فليس للواهب أن يرجع؛ لأن الإسلام زيادة فيه[١].

وعن محمد - رحمه الله -: له أن يرجع فيه.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: [رجل وهب][٢] لغيره تمرًا ببغداد فحمل الموهوب له التمر إلى بلخ، ليس له أن يرجع فيه، وإنه خرج موافقًا لما قاله محمد - رحمه الله - في السير الكبير: أن من وهب لرجل جارية في دار الحرب فأخرجها إلى دار الإسلام، فليس للواهب أن يرجع فيها؛ لأن الموهوب ازداد زيادة متصلة، وقد مرت المسألة من قبل.

وفي المنتقى: محمد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: رجل وهب لآخر ثيابًا هروية بهراة، فحملها إلى العراق، أو وهب طعامًا بالعراق فحمله الموهوب له إلى مكة، فليس للواهب أن يرجع فيها، قال: لأنه ازداد، قال: هذا إذا كانت قيمته في المكان المنقول إليه أكثر، فأما إذا كانت[٣] أقل، أو كانا[٤] على السواء، فللواهب أن يرجع.

وفي البقالي ذكر الزيادة في موضع المسألة فقال: لو حمل الثياب إلى بلد وزادت قيمتها، فإن كان أنفق في النقل مالًا بأن أعطى في الكراء مالًا، لا يرجع بكل حال.

وذكر القاضي الإمام ركن الدين علي السغدي - رحمه الله - في شرح الجامع الكبير في أبواب الأنفال: إذا كان الموهوب شيئًا لا حمل له ولا مؤنة فحمله الموهوب له إلى بلدة [يعز به][٥] ويغلو سعره، فلا رجوع فيه، ولو حمل إلى بلدة لا

---

(١) في م: كافية.
(٢) في م: وهب رجل.
(٣) في م: كان.
(٤) في م: كان.
(٥) في م: بقرية.

يعز فيه وكان سعره في البلدتين على السواء ثم عز وغلا سعره، فللواهب الرجوع فيه كما لو غلا سعره [في بلده][١].

وفي المنتقى: رجل وهب لرجل وصيفًا فشب عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخًا، فأراد الواهب أن يرجع وقيمته الساعة أقل من قيمته حين وهبه، فليس له أن يرجع فيه؛ لأنه زاد من وجه وانتقص من وجه، وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك، ولو كان طويلاً يوم وهبه فطال عند الموهوب له، وكان [الطول][٢] ينتقص ثمنه، فهذه ليست بزيادة حقيقة، فلا يمنع الرجوع، ويكون الشيء زيادة صورة، نقصانًا معنى، كالأصبع الزائدة وما أشبه ذلك، وإذا قضى القاضي ببطلان حق الرجوع للواهب لمانع، ثم زال المانع عاد الرجوع.

بيانه: إذا بنى في الدار الموهوبة بناء[٣] فأبطل القاضي رجوع الواهب فيها بسبب البناء، ثم إن الموهوب له هدم البناء وعادت كما كانت، فله أن يرجع فيها.

وهب لرجل هبة وقبضها الموهوب له، ثم وهبها الموهوب له لرجل آخر، ثم رجع فيها الواهب الثاني أو رد عليه، فللواهب الأول أن يرجع فيها، ولو وصل إلى الواهب الثاني بهبة أو صدقة أو إرث أو وصية أو شراء أو ما أشبهه، لم يكن للواهب الأول أن يرجع فيه.

يجب أن يعلم أن الرجوع في الهبة على رواية الجامع فسخ عند محمد - رحمه الله - سواء كان الرجوع بقضاء أو بغير قضاء، وكذلك على رواية الأصل من رواية أبي حفص.

وعلى رواية الأصل من رواية [أبي][٤] سليمان: فسخ إذا كان بقضاء، وإذا كان

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: بنيانا.
(٤) سقط في م.

بغير قضاء فهو عقد جديد.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: هو فسخ على كل حال، فما ذكر من الجواب في الفصل الأول فيما إذا كان الرجوع بغير قضاء فهو يوافق رواية أبي حفص - رحمه الله - ورواية الجامع على قول محمد - رحمه الله -.

ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -: ويجوز تصرف الموهوب له في الهبة ما لم يحكم القاضي بنقضها، وإذا حكم فلا يجوز تصرفه، وكذلك قول محمد - رحمه الله -، وأبي حنيفة - رحمه الله -.

يجب أن يعلم أن الرجوع في الهبة لا يصح إلا بقضاء أو رضا، فقبل قضاء القاضي وقبل رد الموهوب له الهبة على الواهب باختياره تصرف الموهوب له حصل في ملك نفسه فيصح، وبعدما قضى القاضي أو رد له الموهوب له الهبة باختياره، صار الموهوب ملكًا للواهب فلا يصح تصرف الموهوب له فيه.

وإن مات في يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعد ما قضى القاضي به، لم يكن للواهب أن يضمنه إلا أن يكون منعه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب، فحينئذ يصير مُتعديًا[١] فيضمن لو لم [يبرأ؛ إذ][٢] الهبة بعد الرجوع، ولم يحكم به الحاكم

(١) التعدي في الفقه الإسلامي: وصف جامع يتسع مدلوله لغة واصطلاحًا إلى كل صور التعدي والعدوان، سواء فعل العمد أم الخطأ، ولا يبتعد التعريف الاصطلاحي عن اللغوي لدى الفقهاء، حيث عرفه ابن عرفة من المالكية بأنه: «التعدي هو التصرف في شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه». وقيل: هو العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي، وقيل: هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا، أو عرفا، أو عادة. وقد عرّف بعض العلماء المحدثين التعدي بأنه: مخالفة أوامر الشارع ونواهيه، أو مخالفة الواجب العام شرعًا، أو عرفًا، أو عادة. وضبط بعض الباحثين التعدي بأنه: مجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز، أو مجاوزة ما شرع إلى غير المشروع، أو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعًا.

ينظر: بلغة السالك (٣/٦٠٨)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (١٦٤)، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، محمد حسين الشامي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م، مطبوعة بدار النهضة العربية، مصر - القاهرة، ١٩٩٠م، ص (١٠٦)، أساس المسؤولية التقصيرية، د. محمد صلاح حلمي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص (١٧٣).

(٢) في م: يتردا.

حتى وهب الموهوب له الهبة من الواهب وقبضه الواهب فهو بمنزلة رده، أو رد الحاكم.

إذا وهبت المنكوحة لزوجها حتى فسد[١] النكاح، ثم رجع الواهب في الهبة، يعود النكاح.

ذكر الصدر الشهيد في «الخلافيات» في الطلاق الرجعي: ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب في مواضع: أن بالرجوع في الهبة يعود إلى الواهب قديم ملكه، والمراد من العود إلى قديم ملكه فيما يستقبل لا فيما مضى.

ألا ترى أن من وهب مال الزكاة من رجل قبل الحول وسلمه إليه ثم رجع في الهبة بعد الحول لا يجب على الواهب زكاة ما[٢] مضى، فلم يجعل قديم ملكه عائدًا إليه في حق زكاة ما مضى.

وكذلك من وهب لآخر دارًا وسلمها إلى الموهوب، ثم بيعت بجنبها دار، ثم رجع الواهب فيها، لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة [ولو عاد إليه قديم ملكه فيما مضى وجعل كأن الدار لم تزل عن ملكه لكان له الأخذ بالشفعة، والله أعلم][٣].

❊ ❊ ❊

(١) في م: فسخ.
(٢) في م: فيما.
(٣) سقط في م.

الفصل الثامن

في الاختلاف الواقع بين الواهب والموهوب له والشهادة في ذلك

لو كان الموهوب جارية فأراد الواهب الرجوع فقال الموهوب له: وهبتها صغيرة فكبرت وزادت(١) خيرًا، وقال الواهب: لا بل وهبتها لك كذلك، فالقول قول الواهب، وكذلك في كل زيادة.

أما في البناء والخياطة وغيرهما، القول قول الموهوب له، في آخر باب قبل باب الرقبى.

في هبة المنتقى: دار في يد رجل فقال الآخر: تصدقت بها عليَّ وأذنت لي في قبضها، وقال الآخر: لم(٢) آمرك وقبضت بغير إذني، فالقول للمتصدق.

ولو قال المتصدق عليه للمتصدق: كانت في يدي فتصدقت بها علي، فجاز ذلك، وقال المتصدق: لا، بل كانت حينئذ في يدي وقبضتها بغير أمري، فالقول للمتصدق عليه.

ولو قال المدعى عليه: [وهب لك](٣) والدي هذا العبد(٤) فلم تقبضه إلا بعد موته، وقال الموهوب له: قبضت في حياته، والعين في يدي الذي يدعي الهبة، فالقول للوارث.

عبد في يدي رجل، جاء رجل وادعى أن صاحب اليد وهبه منه وسلمه إليه، وجحد صاحب اليد ذلك، فجاء المدعي ببينة شهدت على إقرار الواهب بالهبة والقبض، كان أبو حنيفة - رضي الله عنه - أولًا لا يقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه الشهادة خالفت الدعوى؛ لأن المدعي ادعى معاينة القبض، والشهود شهدوا على إقرار الواهب بذلك، ثم رجع وقال: يقبل.

---

(١) في م: وازدادت.
(٢) في م: ما.
(٣) في م: وهبت.
(٤) في: العين.

وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - [وهذا بخلاف][(١)] الرهن والصدقة، ولو كان هذا الاختلاف بين الشاهدين يمنع الشهادة بلا خلاف، فإن[(٢)] شهد أحد الشاهدين على معاينة القبض، وشهد الآخر على إقرار الواهب [بذلك، ولو كان العبد في يد الموهوب له فشهد الشهود على إقرار الواهب][(٣)] بالقبض، جازت الشهادة على قول الأول والآخر، ولو كان الواهب أقر بذلك عند القاضي والعبد في يده أخذه[(٤)] بإقراره، هكذا ذكر المسألة هاهنا ولم يذكر لأبي حنيفة - رضي الله عنه - قول أول وآخر، وذلك في كتاب الإقرار قوله الأول.

وقال مشايخنا: ما ذكر هاهنا أصح؛ لأن أكثر ما في الباب أن إقرار الواهب خالف دعوى المدعي؛ لأن المدعي ادعى معاينة القبض، والواهب أقر بالقبض؛ لأن الإقرار لا يبطل بمخالفة دعوى المدعي، فإن من ادعى على إنسان ألف درهم وأقر له المدعى عليه بمائة دينار صح إقراره.

إذا استودع رجل رجلاً وديعة، ثم وهبها له وجحد، وشهد عليه بذلك شاهدان ولم يشهدا بالقبض، فهذا جائز؛ لأن الهبة تثبت بالشهادة، وكون الموهوب في يد الموهوب له يثبت[(٥)] بتصادقهما، وهذا كاف لتمام الهبة؛ لأن قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة.

قال: وإن جحد الواهب أن يكون في يده يومئذ، يعني: في يد المدعي يوم ادعى الهبة، وقد شهدت الشهود على الهبة ولم يشهدوا على معاينة القبض ولا على إقرار الواهب بالقبض، والهبة في يد الموهوب له يوم خاصم إلى القاضي، فإنه يجوز إذا كان الواهب حيًّا، وإن كان ميتًّا فشهادتهما باطلة.

---

(١) في م: وعلى هذا الخلاف.
(٢) في م: بأن.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: أخذنا.
(٥) في م: ثبت.

رجل وهب لرجل عبدًا، وقبضه الموهوب له، ثم جاء رجل وأقام بينة أنه كان اشتراه من الواهب قبل الهبة والقبض، أبطلت الهبة؛ لأن الشراء يوجب الملك بنفسه، فتبين أنه وهب وسلم ما لا يملك، وإن لم يشهدوا على الشراء قبل الهبة إنما شهدوا على الشراء لا غير فهو خصم للموهوب له، وكذلك إذا أرخ شهود الشراء شهرًا أو سنة، فإن كان العبد في يد الواهب فأقام الموهوب له بينة أنه وهبه له وقبضه قبل الشراء، وأقام المشتري البينة أنه اشتراه قبل الهبة وقبضه، فالعبد لصاحب الشراء.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: اتفق الواهب والموهوب له أن الهبة كانت بشرط العوض ولكن اختلفا في مقدار العوض فقال الواهب: العوض ألف، وقال الموهوب له: خمسمائة، والعوض لم يقبض بعد، والموهوب قائم بعينه، فللواهب الخيار إن شاء قبض خمسمائة، وإن شاء رجع في الهبة، وإن كان الموهوب مستهلكًا رجع بقيمته إن شاء، وهذا بناء على أن الهبة من الأجانب موجبة للرجوع، والعوض المرضي[1] به من جهة الواهب قاطع حق الرجوع، فإن شاء رضي بالعوض الذي عينه الموهوب له وترك حقه في الرجوع، وإن شاء لم يرض به ومال إلى الرجوع، وإن كان الموهوب مُستهلكًا رجع بقيمته؛ لأن الرضى بالقبض كان بشرط العوض المُقدر ولم يسلم له ذلك فبقي قبضه قبض ضمان فرجع بقيمته لهذا، وإن اختلفا في أصل العوض فقال الموهوب له للواهب: ما شرطت لك العوض أصلا، فالقول قوله؛ لأنه يُنكر شرطًا زائدًا يستغنى عنه تمام الهبة، ويكون للواهب الرجوع إذا كان الموهوب قائمًا، وإن كان مُستهلكًا فلا شيء على الموهوب له؛ لأن العوض لم يثبت لما جعلنا القول فيه قول الموهوب له، والحكم في الهبة الخالية عن شرط العوض: أن الموهوب ما دام قائمًا فللواهب الرجوع، وإذا هلك

---

(١) في م: الموصى.

فلا ضمان، ولكن يحلف الموهوب له هاهنا على دعوى الواهب بالله ما شرط العوض، يريد به إذا كان الموهوب مُستهلكًا؛ لأن الواهب يدعي القيمة في هذه الصورة فيحلف عليه في الأصل، وإذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له: أنا أخوك، أو قال: عوضتك، أو قال: إنما تصدقت بها علي، وكذبه الواهب، فالقول قول الواهب، وهذا استحسان، والقياس: أن يكون القول قول الموهوب له، [والله أعلم][(١)].

* * *

(١) سقط في م.

الفصل التاسع
في هبة الدين ممن عليه الدين
جائزة قياسًا، واستحسانًا، وهبة الدين من غير من عليه الدين جائزة إذا أمره بقبضه استحسانًا[1]

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الهبة: أن هبة الدين ممن عليه دين[2] لا تتم من غير قبول، والإبراء [يتم من غير][3] قبول ولكن للمديون

(١) من الشروط الواجبة في الشيء الموهوب أن يكون مملوكا في نفسه، فلا يجوز هبة المباحات، وذلك لعدم الإحراز، ولأن الهبة تمليك، وتمليك ما ليس بمملوك محال. كما يلزم أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب؛ لأن هبة مال الغير ممنوع بغير إذنه. ويستوي أن يكون المملوك للواهب عينا أو دينا:
أما هبة العين فظاهر الجواز لإمكانية قبضه بعينه.
أما هبة الدين: فإن كان الواهب قد وهب الدين لمن هو عليه فإنه جائز عند الفقهاء بلا خلاف، لأنه بمثابة إبراء للمدين أو إسقاط الدين عنه، ولا حاجة لقبض جديد.
أما هبة الدين لغير من هو عليه فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:
الأول: الجواز. وهو مذهب الحنفية والمالكية ومقابل الأصح عند الشافعية، واختاره زكريا الأنصاري في المنهج.
وبني الجواز على أنه إنابة في قبض الدين، ولأن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض، ألا ترى أنه يجبر المديون على تسليمه، إلا أن قبضه بقبض عينه؟ فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة، إلا أنه يفتقر إلى الإذن بالقبض صريحا، ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين. وهذا وجه الاستحسان عند الحنفية.
الثاني: عدم الجواز. وهو مذهب الشافعية في الأصح المعتمد، وبه قال الحنابلة، وهو القياس عند الحنفية.
ووجه القياس: أن القبض شرط جواز الهبة، وما في الذمة لا يحتمل القبض، وهو بخلاف ما لو وهب للمدين، لأن الدين في ذمته، وذمته في قبضه، فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة. واستدل الشافعية والحنابلة عليه: بأن الهبة على هذا الوجه غير مقدورة التسليم، وأن ما يقبض من الديون عين لا دين، والقبض في الهبة إنما يكون فيما ورد العقد عليه.
ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١١٩)، والبحر الرائق (٧/ ٣٠٩)، وشرح الخرشي (٧/ ١٠٥)، ومنح الجليل (٤/ ٨٦)، ومغني المحتاج (٢/ ٤٠٠)، ومنهج الطلاب مع البجيرمي (٣/ ٢١٧)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١١٢)، والمغني مع الشرح (٦/ ٢٥٥)، والإنصاف (٧/ ١٢٧)، وكشاف القناع (٤/ ٣٠٦).

(٢) في م: الدين.

(٣) سقط في م.

حق الرد قبل موته إن شاء.

وعن زفر - رحمه الله - أنه يسوى بينهما، وقال: تتم الهبة والإبراء من غير قبول، وهذا الذي ذكرنا اختياره.

وذكر في بيوع واقعات الناطفي فصل الهبة على نحو ما ذكره شمس الأئمة - رحمه الله - وعامة المشايخ ذكروا في شرح كتاب الكفالة.

وفي شرح كتاب الهبة: أن هبة الدين ممن عليه الدين وإبراؤه يتم من غير قبول [وترتد بالرد وإبراؤه يتم من غير قبول][١]، وهكذا ذكر في أول [إقرار][٢] واقعات الناطفي.

وأما هبة الدين من الكفيل، وإبراؤه عن الدين، فالهبة منه تتم من غير قبول ولا ترد بالرد، وإن وهب الدين للذي عليه الأصل، أو أبرأه فمات قبل الرد فهو بريء، لأن البراءة تتم من غير قبول، وإنما يرتد بالرد.

وكذلك لو كان ميتًا فأبرأه منه وجعله في حل منه فهو جائز؛ لأن البراءة تتم من غير قبول، فإن رد الوارث هذا الإبراء، يعمل رده ويقضى بالمال، وهذا قول أبي يوسف - رحمه الله -.

وقال محمد - رحمه الله -: لا يعمل رده، والبراءة ماضية على حالها.

فوجه قول محمد - رحمه الله -: أن الإبراء وقع[٣] للميت لأن الدين عليه ولا يعمل رد الوارث.

ولأبي يوسف - رحمه الله -: أن الإبراء يقع للوارث معنى؛ لأن الدين انتقل إلى الوارث في حق أحكام الدنيا؛ ألا ترى أن المطالب بالدين هو الوارث فيعمل رده، ولو كان لرجل دين على عبد الغير فوهب الغريم الدين لمولاه صح، سواء كان على

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: واقع.

العبد دين أو لم يكن.

في كتاب المأذون في باب هبة العبد التاجر: ولو وهب الغريم الدين للوارث، صح بلا خلاف، وكذلك لو أبرأ الوارث عن الدين، صح بلا خلاف، فإن رده المولى هل يرتد برده؟

قيل: هو على الخلاف الذي تقدم في رد الوارث.

وقيل: هذا يرتد إجماعًا.

وإذا وهب غريم الميت الدين لبعض ورثة الميت، فالهبة لهم كلهم، في أول وصايا المحيط.

وإذا كان الدين بين رجلين فوهب أحدهما نصيبه للمديون، جاز، وإن وهب نصف الدين مطلقًا ينفذ [في][1] الربع، كما لو وهب نصف العبد المشترك، هكذا ذكروا في الخلافيات.

ومسألة الاستشهاد خلاف ظاهر الرواية، وظاهر الرواية: أن هبة جزء من الدين[2] المشترك وبيعه ينصرف إلى نصيب البائع والواهب، ينظر في الباب الأول من إقرار الجامع، [والله أعلم][3].

* * *

(١) سقط في م.
(٢) في م: العين.
(٣) سقط في م.

الفصل العاشر

في هبة الرجل لعبد غيره والرجوع فيها والاختلاف الواقع في ذلك

قال محمد - رحمه الله - في آخر الجامع في باب ما يكون خصمًا عن عبده: رجل وهب لعبده جارية وقبضها العبد، ثم أراد أن يرجع الواهب في الهبة والمولى غائب، فإن كان العبد مأذونًا فله ذلك، وإن كان محجورًا عليه لم يكن له ذلك حتى يحضر المولى.

أما الأول: فلأن الواهب يدعي حقًّا فيما هو كسب المأذون بعقد جرى بين المدعي وبين المأذون [فيه][(١)] فينتصب المأذون خصمًا له، كما لو ادعى شيئًا في يد المأذون أنه اشتراه[(٢)] منه، أو ادعى شيئًا في يد المأذون أنه ملكه مطلقًا، انتصب[(٣)] خصمًا، سواء كان على المأذون دين أو لم يكن.

وأما الثاني: فلأن المحجور فيما في يده بمنزلة المودع من جهة المولى؛ ألا ترى أن من ادعى [عينًا][(٤)] في يده أنه اشتراه من المحجور، أو ادعى ملكًا مطلقًا، لا ينتصب خصمًا، وإن كان من كسب المحجور كان الفقه[(٥)] فيه: وهو [أن][(٦)] للمأذون يدًا معتبرة على ما في يده كما للمكاتب، ولهذا لو باع المأذون ما في يده جاز بيعه، وليس للمحجور على ما في يده يد معتبرة، ولهذا لو باع [ما في يده][(٧)] لا يجوز، وإن كان من كسبه [فهذا بين لك][(٨)] أن يد المأذون يد نفسه ويد المحجور يد

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: اشترى.
(٣) في م: ينتصب.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: العقد.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: بهذا تبين.

المولى حكمًا، ولما كان هكذا كان في رجوع الواهب في الوجه الأول: إبطال يد العبد، فكان هو الخصم في ذلك ولا يشترط حضرة المولى.

وفي الوجه الثاني: في رجوع الواهب إبطال يد المولى حكمًا، فكان المولى هو الخصم[١] فيشترط حضرته، وإن قال العبد: أنا محجور، وقال الواهب: أنت مأذون ولي أن أرجع فيها قبل حضور مولاك، فالقول قول الواهب.

قالوا: وهذا استحسان.

والقياس: أن يكون القول قول العبد؛ لأنه مُتمسك بالأصل، وهو الحجر، وكان الظاهر شاهدًا له؛ إلا أنا استحسنا وقلنا: القول قول الواهب مع يمينه على[٢] علمه؛ لأن الهبة حين وقعت وقعت موجبة للرجوع، والعبد بقوله: أنا محجور، يدعي تأخير حق الواهب في[٣] الرجوع إلى أن يحضر المولى والتأخير نوع إبطال حق، فيكون القول قول الواهب مع يمينه.

وما يقول: بأن الظاهر شاهد للعبد.

قلنا: نعم، ولكن إنما يجعل القول قول من يشهد له الظاهر إذا كان الظاهر[٤] يدفع شيئًا عن نفسه، وهاهنا هو بالظاهر[٥] يبطل حقًا مُستحقًا للواهب، وهو حق

---

(١) زاد في أ: في ذلك.

(٢) زاد في أ: من شاء قطع ومنه وكان القاطع مجهولًا وقت هذه المقالة ثم جوز رسول الله ﷺ ذلك لما أنه كان معلومًا وقت الأخذ واستدل -أيضًا- بجواز الهبة للمجهول من نشر السكر في عرس ونحوه فانتهبه الناس صار ذلك ملكًا لهم.
وحين نثر السكر فقد ملكه ممن ينهبه لأنه نثره للانتهاب ورضي أن يصير ملكًا لمن انتهبه والمنتهب بالانتهاب أحال ذلك التمليك فصار ملكًا له، ألا ترى أن هذه الصورة المنتهب والمنتهب مجهول وقت الأمر بالانتهاب ولكن لما كانا معلومين وقت الانتهاب الذي هو وقت ثبوت الملك كفى ذلك للجواز ولمسألة نثر السكر فروعات كثيرة قد ذكرناها في كتاب الاستحسان.

(٣) في س: و.

(٤) في أ: بالظاهر.

(٥) في م: الظاهر.

الرجوع في الهبة فلا يلتفت إليه، ثم إنا حلفنا الواهب على العلم [لأن هذا تحليف على حجر المولى، والتحليف على فعل الغير يكون على العلم][١] ولو أقام العبد بينة أنه محجور لا تقبل بينته؛ لأن الواهب يدعي حقًا على العبد بعقد جرى بينه وبين العبد، والعبد بهذه البينة يثبت كونه مودعًا من جهة المولى لما مر أن المحجور فيما في يده بمنزلة المودع من جهة المولى.

قلنا: ومن انتصب خصمًا لإنسان يدعي الفعل عليه إذا أقام بينة على أنه مودع فلان بدفع[٢] الخصومة لا تقبل بينته ولا تندفع عنه الخصومة، أما إذا أقام البينة على إقرار المدعي أنه مودع، فلأن تقبل بينته وتندفع عنه الخصومة بخلاف الوجه الأول.

والفرق بينهما: وهو أنه إذا أقام البينة على أنه مودع فلان، فقد أقام البينة على [أن المدعي أحال][٣] الخصومة على غيره، وإذا أقام البينة على إقرار المدعي أنه مودع فلان فقد أقام البينة على أن المدعي أبرأه عن هذه الخصومة معنى؛ لأنه يريد إسقاط خصومة المدعي بمعنى وجد من جهة المدعي وهو إقراره، ومن انتصب خصمًا يدعي[٤] الفعل عليه لا تقبل بينته على إحالة الخصومة على غيره، وتقبل على إبراء المدعي إياه عن الخصومة، فلهذا افترقا.

[فرق][٥] بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في كتاب المأذون: [أن][٦] العبد إذا باع أو اشترى، ثم أقام البينة على أنه محجور، أو على إقرار العاقد [الآخر بذلك، حيث لا يقبل، وإنما كان كذلك؛ لأن هناك إنما لا يقبل؛ لأنه سعى في نقض ما تم به، وإن أراد إثباته بالبينة لم يسمع ذلك لصيرورته مُتناقضًا في هذا الإقرار بينما إذا

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: تندفع.
(٣) في م: إحالة.
(٤) في م: بدعوى.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

أقام البينة على إقرار العاقد][١] الآخر بكونه[٢] محجورًا.

ألا ترى أن البائع إذا كان حرًا فأقام البينة على أن ما باع كان حرًا، أو على إقرار المشتري أن ما اشترى كان حرًّا، لا يسمع ذلك منه لما قلنا.

أما في مسألة الجامع: إنما لا تقبل البينة على الحجر؛ لأنه ساع إلى نقض ما تم به؛ لأنه ساع إلى إبقاء[٣] ما جرى بينهما من الهبة، لكن إنما لم يقبل؛ لأنها قامت إلى إحالة الخصومة على الغير، وهذا المعنى معدوم فيما إذا [كان أقام][٤] البينة على إقرار الواهب بالحجر، فلهذا افترقا، هذا إذا كان المولى غائبًا والعبد حاضرًا.

وإن حضر المولى وغاب العبد فأراد الواهب أن يرجع في هبته، فإن كان الموهوب في يد العبد، لم يكن المولى خصمًا؛ لأن الواهب لا يدعي على مولى العبد عينًا في يده، ولا حقًّا في عين [في يده][٥]، ولا دينًا في ذمته، والإنسان إنما ينتصب خصمًا لغيره بأحد هذه الوجوه، وإن كانت الهبة في يد المولى كان المولى خصمًا؛ لأن المولى يرغم أن ما في يده ملكه؛ لأن ما يأخذه المولى من عبده يكون ملكًا له إذا لم يكن على العبد دين ولم يعرف ثبوت الدين على العبد.

ومن ادعى حقًّا في عين في يد إنسان، والذي في يديه[٦] العين يزعم أنه مالك له، انتصب خصمًا للمدعي كذا هاهنا.

فإن قال المولى: أودعني هذه الجارية عبدي[٧] فلان ولا أدري وهبتها له أم لا، فأقام المدعي بينة على الهبة، فالمولى خصم؛ لأن المولى فيما يودعه عبده يكون

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: يكون.
(٣) في م: إبداء.
(٤) في م: قام.
(٥) في م: يديه.
(٦) في م: يده.
(٧) في م: عبد.

مالكًا ولا يكون مودعًا، فالمولى بدعواه أنه أودعها إياه يزعم أنه مالك لها فينتصب خصمًا للمدعي في إثبات حق جرى بين المدعي وبين الغائب؛ لأنه يدعي حقًّا فيما في يده بسبب جرى بينه وبين الغائب فينتصب خصمًا عن الغائب، كرجل في يديه عبد جاء رجل وادعى أنه قد اشتراه من فلان بكذا وهو يملكه وأقام على ذلك بينة، قضي له بذلك وصار[1] خصمًا عن الغائب كذا هاهنا.

وإذا قضى القاضي بالجارية للواهب فقبضها الواهب فزادت في بدنها في يد الواهب، ثم حضر الموهوب له وأنكر أن يكون عبدًا، فالقول قوله، لكون الحرية أصلاً فكان له أن يأخذ الجارية؛ لأنَّا لما جعلنا القول قول الذي حضر في أنه حر، ظهر أن الذي كانت الجارية في يده كان مودعا لا مالكًا، فظهر أنه ما كان خصمًا وأن بينة الواهب قامت على غير خصم فالتحقت بالعدم، فيرد القاضي الموهوب على الموهوب له بإقرار الواهب أنه كان في يد الموهوب له فيما مضى، ولا يمتنع الرد على الموهوب له بسبب الزيادة المُتصلة؛ لأنه تبين أن الزيادة حصلت على ملك الموهوب له؛ لأنه ظهر أن رجوعه في الهبة لم يصح، واسترداد المملوك لا يمتنع بسبب الزيادة المتصلة، ثم ليس للواهب أن يرجع في الهبة؛ لأن الرجوع الأول لما بطل كانت الزيادة المتصلة حاصلة على ملك الموهوب له، وهذا يمنع الرجوع في الهبة.

وإن كانت الجارية قد ماتت في يد الواهب، كان للموهوب له الخيار إن شاء ضمن قيمتها، وإن شاء ضمن المودع؛ لأنه لما ظهر بطلان الرجوع في الهبة ظهر أن القابض قبض مال الغير بغير إذنه، وأن المودع دفع الوديعة إلى غير المالك بغير إذن المالك، فصار كل واحد في حق المالك بمنزلة الغاصب، فلهذا كان له الخيار في التضمين، فإن ضمن الواهب لا يرجع على المودع بما ضمن؛ لأن المودع غاصب، والواهب بمنزلة غاصب الغاصب، وغاصب الغاصب لا يرجع على الواهب بما

(١) زاد في م: الحاضر.

ضمن - أيضًا - باعتبار أن في زعم المودع أن الرجوع صحيح هاهنا لما [أقر][١] أن الغائب عبدي وقد أخذ بعض مالي حيث ضمنني، وما يأخذ العبد عن مولاه [لا يزول عن مولاه][٢] فلم يلحق المودع [غرم][٣] بما دفع إلى مولاه، فلا يكون له أن يرجع بذلك على صاحبه، ثم أوجب الضمان في الكتاب على المودع ولم يحك فيه خلافًا.

وذكر الكرخي: أن هذا قول محمد - رحمه الله-؛ لأن المودع بما أقر من رق الغائب صار مُسلطًا للقاضي على الوديعة فصار مُضيعًا له.

فأما عند أبي يوسف - رحمه الله -: لا يضمن، إذ[٤] الدفع حصل بقضاء القاضي، وفي مثل هذا لا يجب الضمان على المودع.

وإن قال المولى: قد علمت أنك وهبتها للذي أودعني إلا أنه ليس [بعبد لي][٥]، وأقام المدعي بينة على أن فلانًا الغائب عبده، لا تقبل هذه البينة إن كان العبد حيًّا؛ لأن هذه بينة قامت على إثبات الملك في نقل[٦] غائب عن مجلس [القضاء][٧] فلا تقبل.

وإن قال الواهب: ليس لي بينة وطلب يمين المودع بالله أن الغائب ليس [بعبد له][٨] استحلفه القاضي؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا[٩] أنكر يستحلف رجاء النكول، فإذا حلف برئ عن الخصومة، وإن نكل لزمته الخصومة؛ لأن

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: إذا.
(٥) في م: بعدنا.
(٦) في م: بعد.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: بعبده.
(٩) في م: فإن.

النكول بمنزلة الإقرار.

ولو أقام [المدعي البينة][١] على إقرار المولى أن فلانًا عبده تقبل بينته وقضى بالرجوع؛ لأن هذه بينة قامت على إثبات كلام الحاضر وهو الإقرار، والإنسان خصم فيما يدعى عليه من الإقرار، والقضاء بذلك لا يتعدى إلى غيره فيقضي عليه القاضي بذلك، كما لو أقر بدين بين يدي القاضي.

وإن أقام المدعي بينة على أن الغائب عبد هذا الرجل وإنه قد مات، قُبلت بينته وصار ذو اليد خصما، وإن أقام المدعي بينة على أن الغائب كان عبده وأنه اشتراه من فلان بألف درهم وقبضه فلان منه، لم تقبل بينته؛ لأن فيه إثبات الملك في المنقول وهو غائب عن مجلس القضاء، وفيه إثبات الملك للمشتري بالبيع وهو غائب، فلا يقبل.

وإن أقام المدعي بينة على إقرار الذي في يديه الجارية أنه قد باع فلانًا الغائب من فلان، ولم تقم البينة على إقراره أن الغائب عبده، فالقاضي لا يقبل هذه البينة ولا يجعل الذي في يديه خصمًا؛ لأن هذا الإقرار لو ثبت معاينة لا يصير صاحب اليد خصمًا؛ لأن الإقرار ببيع الغائب لا يكون إقرارًا بأنه عبده لا محالة؛ لأن الإنسان كما يبيع عبد نفسه يبيع [عبد][٢] غيره - أيضًا - وإذا لم يكن هذا الإقرار مُلزمًا إياه شيئًا لم يكن في إثباته[٣] بالبينة معنى وفائدة، فلهذا لا يقبل القاضي هذه البينة، والله أعلم.

* * *

---

(١) في م: بينة.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: إثبات.

الفصل الحادي عشر

في الهدية الواقعة بين الزوجين ويتناول الأبوين من المهدي إلى الصغير وفي تناول الأب مال ولده

رجل قدم من السفر وجاء بهدايا إلى منزل عبده، وقال له: اقسم هذه الأشياء بين أولادك وبين امرأتك وبين نفسك، إن كان المهدي قائمًا يرجع في البيان إليه، وإن لم يكن ففيما يصلح للنساء خاصة فهي للنساء، وما يصلح للصغار من النساء فهي لهن، وما يصلح للصغار من الذكور فهي لهم، وما يصلح للرجل خاصة فهو له، وما يصلح للرجل والمرأة جميعًا ينظر فيه إلى المهدي، إن كان من أقارب الرجل أو من معارفه فهو له، وإن كان من أقارب المرأة أو من معارفها فلها، فإن[١] التعويل على العادة.

في فتاوى أهل سمرقند: رجل اتخذ وليمة للختان فأهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدي الولد، فهذا على وجهين: إما أن قال: هذا للولد، أو لم يقل، والجواب في الوجهين واحد.

وإن كانت الهدية[٢] تصلح للصبيان مثل ثياب الصبيان أو شيء يستعمله[٣] الصبيان فالهدية للصبي اعتبارًا للعُرف والعادة، وإن كانت الهدية تصلح للأبوين ولا تصلح للصبي كالدراهم والدنانير ومتاع البيت، ينظر: فإن كان من أقرباء الأب أو من معارفه فهو للأب، وإن كان من أقرباء الأم أو من معارفها فهي للأم اعتبارًا للعُرف والعادة[٤]، فالحاصل: أن التعويل في مثل هذا [على][٥] العُرف والعادة، حتى لو

---

(١) في م: فإذن.
(٢) في م: الهبة.
(٣) في م: يشتغله.
(٤) زاد في م: أو كالدراهم والدنانير.
(٥) سقط في م.

وجد سبب أو وجه يستدل به على [غير][١] ما قلنا يعتمد على ذلك.

وكذلك إذا اتخذ وليمة لزفاف ابنته إلى بيت زوجها فأهدى أقرباء الزوج أو أقرباء المرأة، وهذا كله إذا لم يقل المهدي: أهديت للأب[٢] أو للأم في المسألة الأولى، فللزوج، أو للمرأة في المسألة الثانية، وتعذر الرجوع إلى قول المهدي، [أما إذا قال، فالقول قول المهدي][٣] في الباب الأول من الواقعات.

ولو أهدي للصغير من المأكول شيء هل يُباح لوالديه أن يأكلا منه؟

روي عن محمد - رحمه الله -: أنه يُباح، وأكثر [المشايخ ببخارى][٤] على أنه لا يُباح.

وفي كراهية فتاوى سمرقند[٥]: إذا أهدي الفواكه إلى الصبي الصغير يحل للأب وللأم الأكل إذا أريد بر الأبوين لكن أهدى للصغير استصغارًا للهدية.

وإذا احتاج الأب إلى مال ولده، فإن كان[٦] في المصر فاحتاج لفقره أكل بغير شيء، وإن كان في المفازة واحتاج لانعدام الطعام معه، ولو قال: آكل بالقيمة لقوله ﷺ: «الأب أحق بمال ولده إذا احتاج إليه بالمعروف»[٧] والمعروف أن يتناوله[٨] بغير شيء إن كان فقيرًا، وبالقيمة إن كان موسرًا.

وفي كراهية واقعات الناطفي: رجل وابنه في الصحراء وفي مفازة ومعهما من الماء ما يكفي أحدهما، من أحق بالماء؟

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: للأم.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: مشايخ بخارى.
(٥) زاد في أ: بأنه.
(٦) في م: كانا.
(٧) أخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا (٤/٥١٨) من طريق عَبْدِ الْأَعْلَى، عَنْ مُحَمَّدِ ابْنِ الْحَنَفِيَّةِ، عَنْ عَلِيٍّ، قَالَ: «الرَّجُلُ أَحَقُّ بِمَالِ وَلَدِهِ إِذَا كَانَ صَغِيرًا، فَإِذَا كَبُرَ وَاحْتَازَ مَالَهُ كَانَ أَحَقَّ بِهِ».
(٨) في م: يتناول.

قال: الابن أحق بالماء؛ لأن الأب لو كان أحق لكان على الابن أن يسقي أباه ومتى سقى أباه مات هو من العطش فيكون هذا إعانة على قتل نفسه، وإن شرب هو لم يعن الأب على قتل نفسه، فصارا[1] كرجلين أحدهما قتل نفسه، والآخر قتل غيره، فقاتل نفسه أعظم إثمًا، والله أعلم.

* * *

(١) في م: فصار.

الفصل الثاني عشر
في هبة المريض

[قال][1] في الأصل: ولا يجوز هبة المريض ولا صدقته إلا إذا قبضت، جازت من الثلث[2]، [وإذا مات الواهب قبل التسليم، بطلت.

---

(١) سقط في م.

(٢) العطاء المنجز كالهبة المقبوضة، والصدقة، والوقف، والإبراء من الدين، والعفو عن الجناية الموجبة للمال، إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال، أما إذا كان العطاء في المرض الذي مات فيه فهو من الثلث في قول جمهور الفقهاء؛ لما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم» والحديث يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث؛ ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت، فكان عطية في مرض الموت في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية.

وقد جعل جمهور الفقهاء لهبة المريض أحكامًا تختلف عن أحكام هبة الصحيح، وفرقوا بين ما إذا قبضها الموهوب له قبل موت المريض الواهب، وبين ما إذا لم يقبضها قبله.

وإذا وهب المريض غير المدين شيئًا من ماله، فإما أن يكون الموهوب له أجنبيًا عنه، وإما أن يكون وارثًا له:

أ- فإن كان الموهوب له أجنبيًا عن المريض، وقبض العين الموهوبة، والمريض الواهب غير مدين، فيفرق بين ما إذا لم يكن للواهب وارث، وبين ما إذا كان له وارث.

فإن لم يكن له وارث، فقال الحنفية: إن هذه الهبة صحيحة نافذة، ولو استغرقت كل ماله، ولا تتوقف على إجازة أحد.

وقال الشافعية، والمالكية: تبطل الهبة فيما زاد على ثلث مال المريض؛ لأن ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم، فبطلت.

أما إذا كان للمريض ورثة، فقد اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على نفاذ هبة المريض في هذه الصورة إن حملها ثلث ماله، أما إذا زادت على الثلث، فيتوقف القدر الزائد منها على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإن ردوه بطل.

وتعتبر إجازتهم لو وقعت تنفيذا وإمضاء لهبة مورثهم، إلا على قول للشافعي، وقول مشهور عند المالكية، حيث اعتبراها ابتداء عطية منهم.

ينظر: المبسوط (١٢/ ١٠٣) وينظر: مادة (٨٧٧) من مجلة الأحكام العدلية، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٥٢١)، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، محمد أمين ابن عابدين، دار المعرفة، لبنان، بيروت، بالمطبعة الكبرى الأميرية، مصر، القاهرة، ط (٢)، ١٣٠٠هـ (٢/ ٨٥)، وشرح معاني الآثار (٤/ ٣٨٠)، وكفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٣٥)، والقليوبي على المحلى (٣/ ١٦٢)، والأم (٤/ ٣٠)، والمهذب (١/ ٤٥٧)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٧)، ونهاية المحتاج (٦/ ٥٥)، والمغني لابن قدامة (٦/ ٧١) وما بعده، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٢٨٦)، البهجة شرح التحفة، للتسولي (٢/ ٢٤٠).

يجب أن يعلم بأن هبة المريض عقد وليست بوصية واعتبارها من الثلث][1] ما كان؛ لأنها وصية، ولكن لأن حق الورثة يتعلق بمال المريض وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه[2] بقدر ما جعل الشرع له وهو الثلث، وإذا كان هذا التصرف [هبة عقد][3] يشترط له سائر شرائط الهبة، ومن جملة شرائطها: قبض الموهوب له قبل موت الواهب، ولم يوجد فبطلت ضرورة.

مريض وهب داره لرجل وسلمها إليه، ثم مات ولا مال له غير الدار، ولم تجز الورثة الهبة ونقضت في الثلثين، لم تبطل الهبة في الثلث، وبهذه المسألة يتبين أن ملك[4] الورثة واستحقاقهم يثبت بسبب مقصور على حالة الموت ولا يستند إلى أول المرض، إذ لو استند لتبين أن الهبة وجدت وثلث[5] الدار ملك الورثة، فصار المريض واهبًا ثلث الدار شائعًا، وهبة ثلث الدار شائعًا لا تجوز.

وذكر محمد بن موسى الخوارزمي صاحب كتاب الجبر والمقابلة في كتابه: أن المريض إذا وهب جاريته من رجل وسلمها إلى الموهوب له فوطئها الموهوب له، ثم مات الواهب ولا مال له غير الجارية، ولم تجز الورثة الهبة ونقضت في الثلثين، كان على الموهوب له ثلثا عقر الجارية للورثة، وهذا يشير إلى أن حق الورثة يستند ولا يقتصر على حالة الموت [ولا يستبدل][6].

ذكر جواب هذه المسألة على هذا الوجه ولم يسنده إلى أصحابنا لو كان ما ذكر[7] صحيحًا لبطلت الهبة في الثلث الباقي في مسألتنا، لكن لا يكاد يصح؛ لأنه مخالف

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: يريد.
(٣) في م: عقدا.
(٤) في م: ذلك.
(٥) في م: ثلثا.
(٦) سقط في م.
(٧) زاد في م: هو.

لجواب كتب أصحابنا - رحمهم الله - ففي سائر كتب أصحابنا: أن حق الورثة وملكهم لا يستند بل يقتصر، وأن العقر لا يجب.

وفي المنتقى: مريض وهب عبده لرجل وعليه دين يحيط بقيمته ولا مال له غير العبد، فأعتقه[(١)] الموهوب له قبل موت الواهب، جاز، ولو أعتقه[(٢)] بعد موته، لا يجوز؛ لأن بالموت يتبين أن هذا مريض مرض الموت وأن لهذا الإعتاق حكم الوصية، والوصية لا تعمل حال قيام الدين.

وفيه - أيضًا -: رجل وهب عبدًا له في مرضه ولا مال له غيره فأعتقه الموهوب له قبل موت الواهب ينفذ عتقه، وإذا مات الواهب بعد ذلك فلا سعاية على العبد.

في المنتقى: رجل وهب عبده المريض ورجع فيه بغير [قضاء فرد][(٣)] إليه المريض، قال[(٤)]: يجوز من الثلث.

قال: ولو رجع [فيه][(٥)] بقضاء، فسخ من كل وجه.

وذكرنا اختلاف الروايات في الرجوع بغير قضاء عن محمد - رحمه الله - فما ذكر من الجواب في هذه المسألة يوافق [رواية][(٦)] أبي سليمان فإنه اعتبر الرجوع بغير قضاء عقدًا جديدًا في حق الورثة.

وفيه - أيضًا -: مريض وهب جاريته[(٧)] فردها الموهوب له على الواهب بهبة منه فهو [جائز][(٨)] بمنزلة ارتجاعه منه، وليس لورثة الموهوب [له][(٩)] أن يرجعوا في

---

(١) في م: فأعتق.
(٢) في م: فأعتق.
(٣) في م: حكم فيرده.
(٤) زاد في م: لا.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) زاد في م: لمريض.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في م.

شيء مما وهب، فقد اعتبر الرجوع في هذه المسألة فسخًا من كل وجه، وأنه يوافق رواية أبي حفص عن محمد - رحمه الله -.

مريضة وهبت صداقها من زوجها، فهذا على وجهين: إما أن برئت من مرضها، أو ماتت من مرضها، **ففي الوجه الأول**: صح

وفي الوجه الثاني: المسألة على قسمين: أما إذا[1] كانت مريضة غير مرض الموت، أو مريضة مرض الموت، **ففي القسم الأول**: كذلك الجواب، **وفي القسم الثاني**: لم يصح إلا بإجازة الورثة، وحد مرض الموت تكلموا فيه، والمُختار للفتوى إذا كان الغالب[2] منه الموت كان مرض الموت، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، في الباب الأول من الواقعات، [والله أعلم][3].

❊ ❊ ❊

---

(١) في م: إن.
(٢) في م: بالغا.
(٣) سقط في م.

الفصل الثالث عشر
في الصدقة

قال محمد - رحمه الله - في «الأصل»: والصدقة بمنزلة هبة في المشاع وغير المشاع في حاجتها إلى القبض؛ لأنها تبرع كالهبة، قال: إلا أنه لا رجوع في الصدقة إذا تمت، فقد بقي الرجوع في الصدقة مطلقا من غير فصل بينهما إذا كان المتصدق عليه غنيا أو فقيرا، واختلف المشايخ فيه.

فمنهم من قال: ما ذكر من الجواب محمول على ما إذا كان المصدق عليه فقيرا، أما إذا كان غنيا، كان للمتصدق حق الرجوع؛ لأن الصدقة على الغني هبة كما أن الهبة من الفقير صدقة.

ومنهم من سوى بين الفقير والغني. فظاهر الإطلاق في «الكتاب» يدل عليه.

وذكر في «المنتقى»: أنه لا رجوع في الصدقة سواء كانت الصدقة على فقير أو غني، قال ثمة: القياس في الصدقة على الغني، الرجوع استحسانا.

وقلنا: بأنه لا رجوع؛ لأن التنصيص على الصدقة دليل على أن غرضه الثواب، قال عليه السلام: «الصدقة ما يبتغى به وجه الله»[1] والصدقة على الغني قد تكون شيئا في الثواب، كأن كان له نصاب وعيال لا يكفيه فيكون في الصدقة عليه ثوابان، وأما إذا وهب الفقير شيئا فلا رجوع فيه استحسانا.

ذكر المسألة في «الكتاب» مطلقا.

وذكر في بعض المواضع: إذا وهبها منه وهو محتاج على وجه الصدقة.

وذكر في بعضها: إذا وهبها من الفقير وهو عالم بحاله، قال في «الأصل»: وكذا إذا أعطى سائلا أو محتاجا على وجه الحاجة ولم ينص على الصدقة، فلا رجوع فيها استحسانا.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٢٦٤)

وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد: رجل تصدق على رجل بصدقة وسلمها إليه؛ له الصدقة، فأقاله، لم يجز حتى يقبض؛ لأنها هبة مستقبلة[١]، كذلك الهبة إذا كانت لذي رحم محرم.

وقال: كل شيء لا يفسخه القاضي إذا اختصما إليه فهذا حكمه، وكل[٢] شيء فسخه القاضي إذا اختصما إليه فأقاله الموهوب، فهو مال للواهب، وإن لم يقبض.

يجب أن يعلم بأن الصدقة لا تقبل الإقالة والفسخ، فنجعل إقالة الصدقة تمليكا مبتدءا وهبة مبتدأة؛ لأن في الإقالة معنى التمليك فيجعل إقالة الصدقة مجازا عن معناها وهو التمليك المبتدأ عند تعذر العمل بالحقيقة، والهبة ابتداء لا تعمل قبل القبض، وكذلك الوجه في كل هبة لا يفسخها القاضي إذا اختصما إليه، أما كل هبة يفسخها القاضي إذا اختصما فيها إليه فالعمل بحقيقة الإقالة فعملنا بحقيقتها، وفي الإقالات لا حاجة إلى القبض كما في باب البيع، فتعود العين إلى ملك الواهب بنفس الإقالة من غير أن يحتاج فيه إلى القبض.

وفيه أيضا: إذا تصدق بداره على امرأته وعلى ما في بطنها وهي حامل، لم يجز في شيء من الصدقة.

قال: وليس ما في بطنها بمنزلة الربح والحائط والميت ومن لا يملك بوجه من الوجوه لتكون الصدقة كلها للمرأة.

وكذلك لو قال لها: تصدقت عليك وعلى الرجل الذي في هذا البيت، ففتح الباب فإذا ليس فيه أحد، إنما هذا بمنزلة رجل قال: تصدقت بهذه الدار على بني

---

(١) قال محمد في الأصل (٣/ ٤٠١): «قلت: أرأيت رجلاً تصدق على رجل بعبد ودفعه إليه وقبضه المتصدق عليه للمتصدق أن يرجع في صدقته؟ قال: لا. قلت: وإن كانت قائمة بعينها لم تزدد خيراً؟ قال: وإن؛ ليست الصدقة في هذا بمنزلة الهبة.
قلت: أرأيت الصدقة على ذي الرحم المحرم وعلى غير ذي الرحم المحرم سواء، إذا قبضت الصدقة لم يكن لصاحبها أن يرجع فيها؟ قال: نعم، لا يستطيع الرجوع فيها. قلت: أرأيت إن لم يقبضها المتصدق عليه أله أن يرجع فيها؟ قال: نعم».

(٢) في م: في كل.

الصغار الثلاثة وهو يرى أنهم أحياء وكان بعضهم ميتا يوم قال هذا القول وهو لا يعلم، فالصدقة باطلة، ولو قال هذا وهو يعلم بموت الميت، جازت الصدقة كلها للحي منهم.

أشار إلى أن الإيجاب إذا وقع لمن يملك ومن لا يملك بوجه من الوجوه، كان الإيجاب بكماله لمن يملك، وعند ذلك لا يتمكن الشيوع، فيجوز الإيجاب، وإذا وقع الإيجاب لشخصين كل واحد منهما ممن يملك بوجه من الوجوه، فالإيجاب يكون لهما، وعند ذلك يتمكن الشيوع من أحد الجانبين، فيمتنع جواز الإيجاب على قول من يرى الشيوع من أحد الجانبين.

وكذلك لو قال لها: تصدقت عليك وعلى غلامي، أو عليك وعلى نفسي بهذه الدار، لم يجز.

وإذا تصدق على رجل بصدقة وسلمها إليه ثم مات المُتصدق عليه، والمتصدق وارثه فورث تلك الصدقة، فلا بأس عليه فيها، كذا ذكر في هبة الأصل.

وفيه - أيضًا -: إذا قال: جعلت داري هذه صدقة في المساكين فمن[١] كان حيًّا يؤمر بالتصدق، وإذا مات قبل تنفيذ الصدقة فالدار والغلة ميراث عنه.

وفيه - أيضًا -: إذا قال: جميع مالي صدقة في المساكين، فهذا على الأموال التي يجب فيها الزكاة، وما لا زكاة فيه لا يدخل استحسانًا.

وكذلك [إذا قال][٢]: جميع ما أملك عند بعض المشايخ، وعند بعضهم يدخل جميع ما يملكه قياسًا واستحسانًا.

وفي الحاوي: إذا قال: لله علي أن أتصدق [بهذا الدرهم][٣] فتصدق بغيره أجزأه، وإن لم يتصدق حتى هلك في يده فلا شيء عليه.

---

(١) في م: فما.
(٢) سقط في م.
(٣) في س: بهذه الدراهم.

وفي الفتاوى، قال أبو بكر - رحمه الله -: إذا كان الرجل مُحتاجًا، فالإنفاق على نفسه أفضل من الصدقة.

وقال الفقيه أبو الليث: إذا كان يعلم أنه لو أنفق على غيره [يصبر على الشدة، فالإنفاق على غيره][١] أفضل.

وفيه - أيضًا -: لا بأس بالتصدق على الذين[٢] يسألون الناس إلحافًا، ويأكلون، ما لم يظهر للمُتصدق [أنه بتصدقه][٣] عليه ينفق في المعصية.

وعن الحسن البصري - رحمه الله - فيمن يخرج كسرة إلى مسكين فلم يجده، قال: يضعها حتى [يجيء][٤] آخر فإن أكلها أطعم مثلها.

وقال إبراهيم النخعي - رحمه الله - مثله.

وقال عامر الشعبي: هو بالخيار إن شاء قضاها، وإن شاء لم يقضها، لا تجوز الصدقة إلا بالقبض.

قال مجاهد: من أخرج صدقة فهو بالخيار إن شاء أمضى، وإن شاء لم يمض.

وعن عطاء مثله.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وهو المأخوذ [به، والله أعلم][٥].

* * *

(١) سقط في م.
(٢) في م: المكذبين.
(٣) في م: أن يتصدق.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

الفصل الرابع عشر
في المتفرقات

هبة البناء [بدون الأرض][١] جائزة، وقد نص في كتاب الشفعة: إذا قال: اشتريت الأرض والبائع وهب البناء لي، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتها، فالقول قول المشتري.

رب الدين إذا بلغه موت غريمه، فقال: جعلته في حل، [أو قال: جعلته له][٢]، أو قال: وهبته له، ثم ظهر أنه حي، قال: ليس له أن يأخذه منه؛ لأنه وهبه له مُطلقًا.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - في كتاب الغصب في فتاوى أهل سمرقند: إذا أقر أنه وهب من فلان عبدًا، فهذا إقرار بهبة صحيحة؛ لأن الصحة أصل، ويكون إقرارًا بقبض الموهوب له؛ لأن قبض الموهوب [له][٣] بمنزلة الركن، والإقرار بالعقد كالإقرار بالركن.

وفي العيون: أن من قال لآخر: وهبت [لي][٤] ألف درهم، ثم قال: بعدما سكت: لم أقبضها، فالقول قوله؛ لأن الهبة هبة بدون القبض، وهذا الذي ذكر في العيون أشبه بالعقد وأقرب إلى ما ذكر في أيمان الجامع.

إذا قال لغيره: وهبت نصيبي من هذا العبد لك، ولم يعلم الموهوب له كم نصيبه، صحت الهبة.

من عليه الدين إذا وهب مالًا من رب الدين، يملك رب الدين الهبة[٥] دون

---

(١) في م: بغير أرض.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: بالهبة.

الدين، في الزيادات في باب[(١)] الحوالة.

ذكر في كتاب الصيد حديثًا يدل على أن الهبة والهدية [مشتركة بين جلسائه وبين المهدى إليه.

قال الطحاوي][(٢)]: إذا كانت الهبة شيئًا لا يحتمل القسمة كالثوب، أو ما لا يؤكل في الحال كاللحم، ونحوه، لا يجعل لأصحابه منه شيئًا، وإن كانت الهبة شيئًا يحتمل القسمة وهو مُهيأ للأكل يجعل لأصحابه من ذلك حظًّا ويمسك البقية لأهله.

وإذا وهب عبدًا لابنه الصغير، ثم مات العبد، ثم استحق رجل العبد [و][(٣)] ضمن الأب، فالأب لا يرجع على كل حال، وإن ضمن الأب[(٤)] بعد البلوغ[(٥)] إن جدد الابن فيه قبضًا لا يرجع بما ضمن على الأب، وإن لم يجدد يرجع؛ لأن قبض الأمانة لا ينتقض ما لم يجدد الابن قبضًا.

وفي الفتاوى: سئل أبو نصر عمن له عند آخر دراهم، فقال: اصرفها في حوائجك، فهو قرض، وإن كانت حنطة فقال: كلها، كانت هبة.

سئل عمن قال لآخر: هب لي هذا الشيء مُزاحًا، فقال: وهبت، وسلم إليه، جاز.

---

(١) زاد في م: من.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: الابن.
(٥) البلوغ لغة: الوصول، بلغ الشيء يبلغ بلوغا وبلاغا: وصل وانتهى.
البلوغ اصطلاحًا: هو انتهاء حد الصغر في الإنسان، ليكون أهلا للتكاليف الشرعية.
فقد ذهب الحنفية إلى أن البلوغ هو انتهاء حد الصغر.
وذهب المالكية إلى أنه: عبارة عن قوة تحدث في الصغير يخرج بها عن حالة الطفولية إلى حالة الرجولية والعقل.
والبلوغ يعرف بظهور علامة من علاماته الطبيعية، فإن لم يوجد شيء من ذلك كان البلوغ بالسن.
ينظر: لسان العرب (١/ ٣٤٥)، مادة (بلغ)، وينظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ١٥٣)، والبحر الرائق (٨/ ٩٦)، وشرح الخرشي (٥/ ٢٩١)، والفواكه الدواني (١/ ٣١٠).

وفي الجامع الأصغر: خلف عن محمد - رحمه الله - أنه قال: فيمن وهب لرجل نخلة وهي قائمة، لا يكون قابضًا لها حتى يقطعها ويسلمها إليه.

وفي الشراء: إذا خلى بينه وبينها، صار قابضًا لها.

وهب من آخر دراهم ثم استقرضها منه فأقرضها، جاز، وليس للواهب أن يرجع أبدًا؛ لأن الهبة صارت مُستهلكة وصارت دينًا على الواهب، [والله أعلم](١).

* * *

(١) سقط في م.

الفصل الخامس عشر
فيما يتعلق[(١)] بالتحليل وما يتصل به

قال نصير: سألت ابن زياد عمن قال لآخر: أنت في حل ما أكلت من مالي، قال: فله أن يأكل، [ولو قال: من أكل من مالي فهو في حل، قال: لا يحل لأحد أن يأكل.

قال نصير: سألت ابن مقاتل عن هذا، فقال: كل من أكل][(٢)] منه فهو مُباح.

قال نصير: سألت [ابن مقاتل][(٣)] عمن له شجرة، فقال: كل من أكل منها فهو في حل، قال: يجوز للكل أن يأكل منها، والغني والفقير فيه سواء.

ولو قال لآخر: حللني في كل حق لك علي، ففعل وأبرأه من غير أن يعلم ما له عليه.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: برئ مما عليه.

قال محمد - رحمه الله - في الحكم كذلك، وفي الديانة لا يطيب له ما لم يعين ما عليه. المسألة في هبة النوازل.

وفي وكالة النوازل: رجل له على آخر دين ولا يعلم بجميع المال، فقال له المديون: أبرئني مما لك علي، فقال الدائن: أبرأتك، قال نصير: لا يبرأ إلا بقدر ما يتوهم أنه له عليه.

وقال محمد بن سلمة: يبرأ من الكل.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: الجواب في القضاء كما قال ابن سلمة وفي حكم الآخرة كما قال نصير، وهذا لأن اللفظ بظاهره عام وهو الذي يبتنى[(٤)] عليه

---

(١) في م: يتعين.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: يبنى.

حكم القضاء إلا أنه لا يرضى بقلبه إلا بالتوهم، وحكم الآخرة مبني على الرضا.

وسئل أبو بكر عمن قال لآخر: جعلتك في حل الساعة، أو قال: في الدنيا، قال نصير: هو في حل في الدارين، ولو قال: لا أخاصمك ولا أطلبك فيما لي قبلك، قال: هذا ليس بشيء، وحقه عليه على حاله.

قال نصير: سألت الحسن - رحمه الله - عمن قال لآخر: أنت في حل ما أكلت من مالي أو أخذت أو أعطيت، قال: لا يحل له أن يأخذ، وأن يعطي إلا للأكل خاصة.

قال نصير: سألت ابن(١) مطيع: ما تقول فيمن قال لآخر: ادخل كرمي وخذ من العنب [ما شئت](٢)، كم يأخذ؟ قال: عنقودًا واحدًا.

ولو قال: خذ من البر، قال: منوين؛ لأنه يتعلق به أحكام على ما عرف.

قال الفقيه - رحمه الله -: بل يأخذ من العنب قدر ما يشبع به إنسان واحد؛ لأنه أذن له أن يتناول(٣) مقدار حاجته.

وعن محمد - رحمه الله -: إذا كان لرجل على آخر مال فقال: قد أحللته لك، قال: هو(٤) هبة، وإن قال: حللتك منه، هو إبراء(٥)، والله أعلم.

* * *

(١) في م: أبا.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: يأخذ.
(٤) في م: هي.
(٥) في م: براءة.

مسألتان في[1] المتفرقات:

إذا وهب الرجل عبده من رجل، ثم إن الموهوب له وهب ذلك العبد من رجل آخر بعدما قبضه، وقبضه الموهوب له الثاني، لا يكون للواهب الأول سبيل على الواهب الثاني، ولا على الموهوب له الثاني، ولكن يرجع الواهب الثاني في هبته إن شاء، ثم يرجع الواهب الأول على الواهب الثاني، وهذا لأن الواهب الثاني لما رجع في هبته عاد إليه الملك الذي استفاده من جهة الواهب، وكان للواهب الأول أن يرجع فيه.

الأصل في باب الهبة: أنه متى تمكن الإفساد[2] بسبب شرط في الهبة لا في بدلها[3] وعوضها لا يراعى شرط الواهب، وإن كان لا يحصل مقصود الواهب من الهبة عرف ذلك بالنص، وهو ما روي عن النبي ﷺ: «أنه أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر»[4]، والعمرى: تمليك بطريق الهبة مدة عمر الموهوب له على أنه إن مات الموهوب له [قبل الواهب يرد الموهوب][5] على الواهب، والمعمر إنما وهب بشرط أن يعود الموهوب ثانيًا إلى المعمر إذا مات الموهوب له قبله.

ولم يراع رسول الله ﷺ شرطه لما كان هذا شرطًا في نفس الهبة لا في بدلها وعوضها، ومتى تمكن الفساد في بدل الهبة وعوضها، بأن وهبه بشرط عوض لا يصلح عوضًا، بأن وهبه على أن يعوضه خمرًا أو خنزيرًا، كان الشرط مُعتبرًا وكان له الرجوع في الهبة وإبطالها؛ لأن هذا شرط[6] في بدل الهبة وقد وقع فاسدًا فلم

---

(١) في م: من.
(٢) في م: الفساد.
(٣) في م: بدنها.
(٤) أخرجه البخاري (٥/ ٥٦١) كتاب الهبة، باب: ما قيل في العمرى والرقبى (٢٦٢٦)، ومسلم (١٢٤٨/٣) كتاب الهبات، باب: العمرى (١٦٢٦/٣٢) بلفظ: العُمْرَى جائزة.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: الشرط.

يوجب بطلان حقه عن الهبة.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله -: رجل قال لامرأته بين يدي الشهود: غفر الله لك حيث وهبت لي المهر الذي كان لك علي، فقالت: آري بخشيدم، فقال الشهود: هل نشهد على هبتك، فقالت: هزارتن كواه باشيد، قال: يعرف الرد والتصديق في أثناء كلامها، فيحمل على ما يرون.

وفي السير الكبير: لو أن مُسلمًا أخذ مُشركًا وأراد أن يقتله، فقال المشرك: الأمان، فقال المسلم مُجيبًا له: الأمان الأمان، ولم يرد بذلك أمانه، إنما أراد به رد ما التمس على وجه التغليظ عليه، يعني: أنك تطلب الأمان في هذا الوقت فهذا حلال الدم، لا بأس بهذا المسلم أن يقتله؛ لأنه قد يراد بمثل هذه الإجابة إلى ما التمس، وقد يراد به رد ما التمس، فإذا نوى رد ما التمس فقد نوى ما يحتمله لفظه، فيجعل ذلك كالمُصرح، ولو صرح [بما التمس][1] أنه لا يكون أمانًا كذا هاهنا.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: هذا إذا غير المسلم النغمة بقوله: الأمان الأمان، لأن الغالب أنه إذا أريد بمثل هذا رد ما التمس لا الإجابة يعتبر النغمة، فيقال ذلك على وجه التغليظ والتوعيد والاستهزاء، فعلى قياس ما ذكر الفقيه أبو جعفر ينبغي أن يُقال في مسألة المهر: إذا غيرت المرأة النغمة بقولها: أرى بخشيدم هزارتن باشيد، فقالت ذلك على وجه الاستهزاء، أو[2] على وجه التغليظ والوعيد: أنه لا يكون إقرارًا بالهبة، وإن قرنت[3] بكلامها زيادة كلام يعلم بها الرد والاستبعاد لما قاله الزوج في القوم، يجعل ذلك ردًا.

ألا ترى أن من قال لغيره: أفعل في مالك كذا وكذا، فقال ذلك الرجل: افعل في مالي ما شئت، كان إذنًا وإطلاقًا، و[إذا][4] لم يرد بقلبه الإذن والإطلاق، ولو قال:

---

(١) في م: به أليس.
(٢) في م: و.
(٣) زاد في م: المرأة.
(٤) سقط في م.

افعل في مالي ما شئت إن كنت رجلاً، لا يكون إذنًا وإطلاقًا، بل يكون ردًّا وتهديدًا كذا هاهنا.

[تم كتاب الهبة][1]، والله أعلم [بالصواب][2].

* * *

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع[1]

(١) البيوع جمع بيع، وهو لغة: مقابلة شيء بشيء، على وجه المعاوضة.
واصطلاحًا: عرفه الحنفية بأنه: مبادلة المال بالمال بالتراضي.
وعرفه المالكية بأنه: دفع عوض من معوض.
وبتعريف آخر: هو عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة.
وعرفه الشافعية بأنه: عقد يتضمن مقابلة مال بمال بشرطه؛ لاستفادة ملك عين، أو منفعة مؤبدة.
وعرفه الحنابلة بأنه: مبادلة المال بالمال تمليكًا وتملكًا.
ينظر: لسان العرب، مادة (بيع) (٨/ ٢٣)، الصحاح، مادة (بيع) (٣/ ١١٨٩)، المغرب في ترتيب المعرب، ص (٥٦)، المصباح المنير، مادة (بيع) (١/ ١١٠)، وشرح فتح القدير (٦/ ٢٤٦)، الاختيار لتعليل المختار، ص (٣)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٢٢)، شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢)، ونهاية المحتاج (٣/ ٣٧٢)، وكشاف القناع (٣/ ١٤٦)، المغني (٣/ ٥٦٠).
ثبتت مشروعية البيع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:
أولًا: فمن القران الكريم: قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ وَمَنۡ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِۖ هُمۡ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٧٥]، وقوله: ﴿لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَبۡتَغُواْ فَضۡلٗا مِّن رَّبِّكُمۡۚ فَإِذَآ أَفَضۡتُم مِّنۡ عَرَفَٰتٖ فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ عِندَ ٱلۡمَشۡعَرِ ٱلۡحَرَامِۖ وَٱذۡكُرُوهُ كَمَا هَدَىٰكُمۡ وَإِن كُنتُم مِّن قَبۡلِهِۦ لَمِنَ ٱلضَّآلِّينَ﴾ [سورة البقرة، الآية: ١٩٨]، أي: بالتجارة، وقوله: ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٨٢]، وقوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٩]، وجه الدلالة من الآيات الكريمة: أنّ هذه الآيات وغيرها تدل صراحة على مشروعية البيع وإباحته على العموم إلا ما قام الدليل على خروجه.
ينظر: تفسير ابن كثير (١/ ٢٤٧)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٢/ ٢٧٤).
ثانيًا: ومن السنة النبوية: ما ثبت في الصحيحين وغيرهما عن حكيم بن حزام الأسدي - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبيّنا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما» [صحيح البخاري (٢/ ٧٣٢) كتاب البيوع، باب: إذا بيّن البيعان ولم يكتما ونصحا، رقم الحديث (١٩٧٣)، صحيح مسلم (٣/ ١١٦٤) كتاب البيوع، باب: الصدق في البيع والبيان، رقم الحديث: (١٥٣٢)]. وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لأن يحتزم أحدكم حزمة من حطب فيحملها على ظهره فيبيعها خير له من أن يسأل رجلًا، يعطيه =

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة وعشرين فصلا:

الأول: فيما يرجع إلى انعقاد البيع

ذكر محمد بن الحسن - رحمه الله - في كتاب الوكالة مسألة تدل على أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بكذا، فقال المشتري: قبلت، أن البيع لا ينعقد بينهما ما لم يقل البائع بعد ذلك: أجزت، وبه قال بعض المشايخ، وهذا لأن البائع حين قال: بعت [منك][١]، فقد ملك العبد من المشتري، فإذا قال المشتري: اشتريت، فقد تملك العبد وملكه الثمن[٢] فلابد من إجازة البائع بعد ذلك ليملك الثمن، وعامة

= أو يمنعه» [صحيح البخاري (٢/ ٧٠٣) كتاب البيوع، باب: كسب الرجل وعمله بيده، رقم الحديث: (١٩٦٨)، صحيح مسلم (٢/ ٢٧١) كتاب الزكاة، باب: كراهة المسألة للناس، رقم الحديث: (١٠٤٢)]. وروى الترمذي - رحمه الله - عن رفاعة - رضي الله عنه - أنه خرج مع النبي ﷺ إلى المصلى، فرأى الناس يتبايعون، فقال: «يا معشر التجّار»، فاستجابوا لرسول الله ﷺ، ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه، فقال: «إن التجّار يبعثون يوم القيامة فجّارًا إلا من اتّقى الله وبرّ وصدق». [سنن الترمذي (٣/ ٥١٥) كتاب البيوع، باب: ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، رقم الحديث: (١٢١٠)، وقال: (حسن صحيح)، سنن ابن ماجه (٢/ ٧٢٦) كتاب التجارات، باب: التوقي في التجارة، رقم الحديث: (٢١٤٦)، صحيح ابن حبان (١١/ ٢٧٧)، مستدرك الحاكم (٢/ ٨)، وقال: (صحيح الإسناد، ولم يخرجاه)، ووافقه الذهبي]. وروى أيضًا عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه -، عن النبي ﷺ أنه قال: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء». [سنن الترمذي (٣/ ٥١٥) كتاب البيوع، باب: ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، رقم الحديث: (١٢٠٩)، وقال: (حديث حسن)، مستدرك الحاكم (٢/ ٧)، سنن الدارمي (٢/ ٣٢٢)، سنن الدارقطني (٣/ ٧)]. وجه الدلالة من الأحاديث السابقة: دلّت هذه الأحاديث وغيرها من الأحاديث القولية وأيضًا بيعه هو ﷺ وإقراره الناس وهم يتبايعون على أنّ البيع مشروع، وأنّ على التجّار تقوى الله تعالى والالتزام بالصدق والأمانة في بيعهم.

ثالثًا: الإجماع: وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون كافة على مشروعية البيع في الجملة. ينظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام (٦/ ٢٢٩)، التلقين، للقاضي عبد الوهاب (١/ ٣٥٩)، الإجماع، لابن المنذر، ص (٩٠)، المجموع، للنووي (٩/ ١٤٨)، الإفصاح، لابن هبيرة (١/ ٢٧٠)، المغني، لابن قدامة (٦/ ٧).

(١) سقط في م.

(٢) الثمن في اللغة: العوض، قال الراغب: الثمن اسم لما يأخذه البائع في مقابلة المبيع، عينًا كان، أو سلعة، وكل ما يحصل عوضا عن شيء فهو ثمنه، وقال الأزهري: قال الليث: ثمن كل شيء قيمته، وقال الهروي: الثمن قيمة الشيء، وقال صاحب المحكم: الثمن ما =

المشايخ على أنه لا يحتاج إلى إجازة البائع بعد ذلك وهو الصحيح، وهكذا روي عن محمد - رحمه الله -.

وإذا اشترى عبدًا بألف درهم ثم قال لآخر: أشركتك في هذا العبد أو أدخلتك في هذا العبد مع نفسي، صار شريكًا في نصف العبد بألف درهم، وإذا [قال لغيره: بعت منك هذا العبد، فقال المشتري: أجزت، ينعقد البيع بينهما، ذكره في الأمالي، وكذلك إذا][(١)] قال لغيره: أقلتك هذا العبد، وقال الآخر: قبلت[(٢)].

= استحق به الشيء، وقال الزبيدي: قال: اشتهر أن الثمن ما يقع به التراضي، ولو زاد أو نقص عن الواقع، والقيمة ما يقاوم الشيء، أي: يوافق مقداره في الواقع ويعادله. وعلى هذا، فالثمن في اللغة هو: العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة المبيع.

وأما الثمن في الاصطلاح: يطلق الفقهاء الثمن في مقابل المبيع في عقد البيع، ويريدون به: «ما يكون بدلا للمبيع، ويتعين في الذمة».

ويطلق كذلك في مقابل القيمة، ويريدون بها: «العوض الذي تراضى عليه المتعاقدان، سواء أكان مطابقًا للقيمة الحقيقية، أم ناقصًا عنها، أم زائدًا عليها».

غير أن هناك فرقًا بين القيمة والثمن؛ وذلك لأن القيمة يراد بها: ما يساويه الشيء في تقويم المقومين - أهل الخبرة - أو ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان، أما الثمن فيقصد به: ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة أو نقص عنها، فالفرق بينهما: أن القيمة عبارة عن ثمن المثل، والثمن المتراضى عليه قد يساوي القيمة، أو يزيد عنها، أو ينقص.

ينظر: المصباح المنير، ص (٤٨)، لسان العرب (١٣/ ٨٢، ٨٣)، المغرب في ترتيب المعرب (١/ ١٢٢)، المفردات، ص (١١٠)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص (٢٢٤)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/ ٤٢)، تاج العروس (٩/ ١٥٧)، درر الحكام (١/ ١٢٤)، مجلة الأحكام العدلية، نشر كارخانه تجارت كتب، تحقيق: نجيب هواويني (المادة ١٥٢)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٧٥)، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، لنزيه حماد، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط (٣)، ١٤١٥هـ، ص (١٣١)، الأشباه والنظائر، السيوطي، ص (٣٤٠).

(١) سقط في أ.

(٢) هناك فرق بين أركان البيع عند الحنفية والجمهور.

فعند الجمهور: أركان البيع هي: الصيغة (الإيجاب والقبول)، العاقد (البائع والمشتري)، المعقود عليه (الثمن والمثمن).

أما أركان البيع عند الحنفية فهي: الصيغة (الإيجاب والقبول)، واكتفى الحنفية بالصيغة في أركان البيع ليتوسعوا في العقود الفاسدة.

قال في البدائع: أما ركن البيع: فهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وذلك قد يكون =

. . . .

=
بالقول، وقد يكون بالفعل، أما القول فهو المسمى بالإيجاب والقبول، وأما المبادلة بالفعل فهي التعاطي، ويسمى هذا البيع بيع المراوضة.

وقال في فتح القدير: ركنه الإيجاب والقبول الدالان على التبادل، أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فركن الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول، أو فعل.

ويعد الرضا من أهم أركان العقد، الذي لا يتصور توافره إلا بإرادة تحمله، فلا تعاقد إلا بإرادة، ولهذا فإن الرضا هو التعبير عن إرادة التعاقد، ويعتبر الشرط الأساسي والبديهي لقيام العقد، وبمقتضاه يتبلور مبدأ الحرية العقدية، وإرادة الالتزام.

ولكي يصح العقد من طرفي التعاقد فإنه لا بد من تحقق الرضا والاختيار، وهو أمر داخلي لا يطَّلع عليه أحد، لذلك شرعت الصيغة لبيانها.

وهذا الشرط محل اتفاق عند الفقهاء، فلا يصح العقد من غير الرضا أو الاختيار؛ قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وقال رسول الله ﷺ: «إنما البيعُ عن تراضٍ».

من الأركان: تسمية الثمن حين البيع فهي لازمة، فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسدًا؛ لأن البيع مع نفي الثمن باطل، إذ لا مبادلة حينئذ، ومع السكوت عنه فاسد كما ذكر الحنفية.

وفي ذلك يقول ابن عابدين: (قوله: وأما جهالة الثمن فمانعة) قال الرملي: يعني مانعة من الجواز، وهل تفيد الملك؟ أقول: إنه مع نفي الثمن باطل، ومع السكوت عنه فاسد، والظاهر أن الجهالة توجب الفساد لا البطلان.

ويرى المالكية، والشافعية أنه لا ينعقد البيع إلا بتسمية الثمن.

قال ابن رشد الجد: «ولو كان الصداق ثمنًا للبضع حقيقة لما صح النكاح دون تسمية، كالبيع لا ينعقد إلا بتسمية».

وقال النووي: «يشترط في صحة البيع أن يذكر الثمن في حال العقد، فيقول: بعتك كذا بكذا. فإن قال: بعتك هذا. واقتصر على ذلك، فقال المخاطب: اشتريت، أو قبلت. لم يكن هذا بيعًا بلا خلاف»، واشترط الحنابلة معرفة الثمن حال العقد في صحيح المذهب، واختار ابن تيمية صحة البيع، وإن لم يسم الثمن، وله ثمن المثل كالنكاح.

وكذلك كون الثمن مالًا:

ذهب الحنفية إلى أنه يشترط في الثمن لانعقاد البيع أن يكون مالًا متقومًا؛ لأن البيع هو مبادلة المال بالمال بالتراضي، ويرون أن التقوم في الثمن شرط صحة، وفي المبيع شرط انعقاد، أما المالكية، والشافعية فيشترطون في الثمن أن يكون مالًا طاهرًا، فلا يصح ما نجاسته أصلية كجلد الميتة والخمر، وأن يكون منتفعًا به انتفاعًا شرعيًّا ولو في المآل كالبهيمة الصغيرة، فلا يصح بيع ما لا نفع فيه أصلاً؛ لأنه لا يعد مالًا كالحشرات التي لا نفع فيها، ويشترط الحنابلة في المبيع أن يكون الثمن مالًا، والمال: ما يباح نفعه مطلقًا، واقتناؤه بلا حاجة، فخرج ما لا نفع فيه أصلاً كبعض الحشرات، وما فيه منفعة محرمة كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للضرورة كالميتة في حال المخمصة، والخمر لدفع
=

قال الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله -: يكون بيعا.

وقال الفقيه أبو جعفر: لا يكون بيعًا، وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله -.

= لقمة غص بها.

وكذلك من شروطه: أن يكون الثمن مملوكًا للمشتري:

يشترط أن يكون الثمن المعين مملوكًا للمشتري وقت العقد ملكًا تامًّا، لا حق لغيره فيه وهذا محل اتفاق بين الفقهاء لقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك».

وهو يفيد أن يكون المبيع مملوكًا لبائعه، والثمن المعين مثل المبيع في هذا الحكم.

ومن شروطه أيضا: أن يكون مقدور التسليم:

يشترط في الثمن المعين أن يكون مقدور التسليم؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه يشبه المعدوم، والمعدوم لا يصح أن يكون ثمنًا، فلا يصح أن يكون الطير في الهواء، أو السمك في الماء، أو الجمل الشارد ثمنًا؛ لحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «نهي رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر»، قال الماوردي: والغرر ما تردد بين متضادين، أغلبهما أخوفهما، وقيل: ما انطوت عنا عاقبته، والمعقود عليه في البيع ثمنًا كان، أو مثمنًا إذا لم يقدر علي تسليمه، داخل في الغرر المنهي عنه.

ومن شروطه أيضا: أن يكون معلومًا:

يشترط في الثمن أن يكون معلومًا بمشاهدة، أو وصف، فلا يصح البيع بثمن مجهول للمتبايعين أو أحدهما، سواء كانت الجهالة في قدر الثمن، أو صفته، فلا بد من علم العاقدين بالثمن علمًا يمنع المنازعة، فإن كان مجهولا جهالة مفضية إليها، لم يصح البيع باتفاق الفقهاء.

والثمن إما أن يكون مشارًا إليه، أو غير مشار إليه، فإن كان مشارًا إليه فلا حاجة لمعرفة مقداره (كمائة دينار، أو ألف)، أو صفته (كريالات سعودية أو جنيهات مصرية) في جواز البيع. أما إن كان الثمن غير مشار إليه، فلا يصح به البيع باتفاق الفقهاء إلا أن يكون معلوم القدر والصفة؛ لأن جهالته تفضي إلى النزاع المانع من التسليم والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز.

ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٣١٨، ٣١٩)، فتح القدير (٦/ ٢٤٨)، درر الحكام، لعلي حيدر (١/ ٢١٦)، مجلة الأحكام العدلية (المادة ٢٣٧)، منحة الخالق (٥/ ٢٩٦)، البحر الرائق (٥/ ٢٧٧)، الهداية (٣/ ٤٦، ٤٧)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٥)، الاختيار (٢/ ٤)، البهجة شرح التحفة، للتسولي (٢/ ٥)، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي (٣/ ١٠)، شرح الزرقاني (٥/ ١٦)، القوانين الفقهية، ص (٢١٢)، المقدمات الممهدات (١/ ٢٤٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤)، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس (٢/ ١٠٣٠)، بداية المجتهد (٢/ ٢٨١)، جواهر الإكليل (٢/ ٦)، مواهب الجليل (٤/ ٢٧٦)، روضة الطالبين (٣/ ٣٥٩)، حاشية قليوبي (٢/ ٢٠١)، إعانة الطالبين (٣/ ٨، ٩)، مغني المحتاج (٢/ ٣٤٨)، المجموع (٩/ ٢٠٢)، أسنى المطالب (٢/ ١١)، كشاف القناع (٣/ ١٦٧)، الإنصاف (٤/ ٣١٠)، منار السبيل، لابن ضويان (٢/ ٥١٤)، مطالب أولي النهي (٣/ ١٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٨).

وقيل: الخلاف معروف أن الإقالة فسخ، أو بيع جديد يجب أن تكون هذه المسألة على ذلك الخلاف.

وإذا أضاف البيع إلى عضو من أعضاء المملوك، أو أضافه إلى عضو لو أضاف العتق عليه يعتق يصح البيع بالإضافة إليه، وما لا فلا والله أعلم.

ولو قال: أرد عليك هذه الأمة بخمسين دينارًا، وقبل الآخر، يثبت البيع.

وذكر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل قال لغيره: عبدي هذا لك بألف إن أعجبك، فقال: أعجبني، فهذا بيع، وكذلك إذا قال: إن وافقك، فقال: وافقني، وكذلك إذا قال: إن أردت، إن هويت، فقال: أردت وهويت، فهذا كله بيع في الجواب، وأما في الابتداء فلا يلزمه.

وإذا قال لآخر: إن أديت إلي كذا وكذا درهما ثمن هذا الثوب فقد بعته منك، وأدى الثمن في المجلس، يكون ذلك بيعًا صحيحًا استحسانًا.

ذكره في السير، فكذا إذا قال: (فرحم حور بها ثمن رشيد) فأعطاه الثمن في المجلس، فهذا بيع صحيح استحسانًا.

وفي أيمان الجامع إذا قال لآخر: بعت منك هذا العبد بألف درهم إن شئت يوما إلى الليل، كان صحيحًا، وكان ذلك بمعنى التنجيز لا التعليق[1].

---

(١) شرط التعليق: هو ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد.
أو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى. والتعليق مقتضاه أن يكون الشرط معدوما، وعلى خطر الوجود، فإن كان موجودًا أو مؤكدا فلا يعتبر شرطا، وإن كان المعلق عليه مستحيلا كان العقد باطلا؛ كأن يشترط في عقد بيع الثمار قطع الثمرة المباعة بعد يوم؛ لأن عدم التعليق يتضمن التبقية.
ينظر: حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٩٢)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (٣٦٧)، الفروق للقرافي (٢/ ٧٧)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٦٣)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٢/ ٢٢٥)، المدخل الفقهي العام (١/ ٥٠٧)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فراج حسين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص (٣١٣)، نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين، ص (٦٢)، معايير وضمانات الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، ص (٤٢٥).

وفي باب الخيار من المختصر الكافي: إذا قال لآخر: اذهب بهذه السلعة فانظر فيها اليوم فإن رضيتها فهي لك بألف درهم، وهذا تفسير قوله: بعتك هذا بألف على أنك بالخيار إلى الليلة، أو في هذا اليوم، وهذا استحسان أخذ به علماؤنا الثلاثة، والقياس ألا يجوز، وبه أخذ زفر؛ لأن هذا تعليق البيع بالشرط[1].

(١) الشرط لغة هو: إلزام الشيء والتزامه، ويجمع على شروط، وبمعنى الشرط: الشريطة، وجمعها الشرائط، والشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والشرط - بفتح الراء - معناه: العلامة، ويجمع على أشراط، ومنه أشراط الساعة، أي: علاماتها.

واصطلاحًا: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

فاحترز بالقيد الأول من المانع؛ فإنه لا يلزم من عدمه شيء، وبالثاني من السبب فإنه يلزم من وجوده وجود، وبالثالث من مقارنة الشرط وجود السبب فيلزم الوجود، أو وجود المانع فيلزم العدم، ولكن ليس لذاته، بل لوجود السبب والمانع.

وتنقسم الشروط إلى قسمين: شروط شرعية، وشروط جعلية.

فالشروط الشرعية: هي التي اشترطها الشارع، إما للوجوب: كالبلوغ لوجوب الصلاة وغيرها من الأمور التكليفية، وإما للصحة: كاشتراط الطهارة للصلاة. وإما للانعقاد: كاشتراط الأهلية لانعقاد التصرف، وصلاحية المحل لورود العقد عليه. وإما للزوم: كاشتراط عدم الخيار في لزوم البيع، وإما لنفاذ اشتراط الولاية، وما في معناها لنفاذ التصرف.

ويلزم من عدم أي شرط من هذه الشروط عدم الحكم المشروط له، فإذا فقد شرط من شروط الوجوب، لزم عدم وجوب الفعل على المكلف، ويلزم من عدم شرط من شروط الصحة عدم صحة الفعل، وهكذا، ويلزم من عدم شرط من شروط الانعقاد، بطلان التصرف؛ بحيث لا يترتب عليه أي: حكم.

وأما الشروط الجعلية أو العقدية: فهي الشروط التي يشترطها المكلف في العقود وغيرها، وتنقسم هذه الشروط إلى عدة أقسام بعدة اعتبارات على النحو الآتي:

أ- تقسيم الشروط الجعلية من حيث التقييد، والتعليق، والإضافة:

تنقسم الشروط بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع منها:

شرط التقييد: وهو التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصفة مخصوصة، أو هو التزام حكم في التصرف القولي، لا يستلزمه هذا التصرف في حال إطلاقه. ويسمى هذا الشرط بشرط التقييد؛ لأنه يقيد أحكام العقد، ويتفق المتعاقدان عليه دون استعمال أداة الشرط لتحديد، وتغيير أحكام العقد زيادة ونقصانا، مثل: الشروط الخاصة بقسمة الأرباح في عقد الشركة، أو اشتراط نقل البضاعة على نفقة البائع إلى مخازن المشتري.

ينظر: لسان العرب (٤/ ٢٢٣٥)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٩)، الفتاوى الهندية (٤/ ٣٩٦)، البحر المحيط في أصول الفقه (٣/ ٣٢٧)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٢/ ٢٢٥).

وفي نكاح المنتقى: بعتك عبدي هذا بألف إن رضي فلان، فذلك جائز والرضى فيه جائز.

قال الحاكم أبو الفضل: تأويله إذا بين وقت الرضا.

وفي النوازل: إذا قال لآخر: بعت منك عبدي هذا بألف درهم، فقال المشتري: قد فعلت، فهذا بيع؛ لأن هذا تحقيق، ولو قال: نعم، لا يكون بيعًا، فقد فرق بين قوله: قد فعلت، وبين قوله: نعم.

وذكر في فتاوى أهل سمرقند أن من قال لغيره: اشتريت عبدك هذا بألف، فقال البائع: قد فعلت، أو قال: نعم، أو هات الثمن، صح البيع بينهما؛ لأن هذا جواب، وسوى بين قوله: فعلت، وبين قوله: نعم، فكان فيه قولان، والأصح أنه ينعقد البيع.

وإذا قال لغيره بالفارسية: (خريدي أين جيزراز من بكذا)، ولم يقل المخاطب بعد ذلك: (فروختم). حكى الإمام الأجل ظهير الدين عن عمه شمس الإسلام الأوزجندي عن أستاذه شمس الأئمة السرخسي - رحمة الله عليهم -: أنه ينعقد البيع لأن قوله: (فروختم) مضمر في قول البائع ومعناه (خريدي كه فروختم).

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا قال لغيره: بعت هذا العبد[(١)] بكذا وفارسيته: (فروحى)، فقال ذلك الغير: بعت، وقال المشتري: لا أريده، فله ذلك؛ لأن البيع لم يتم بعد، وبمثله لو قال المشتري: اشتريت منك هذا العبد بألف، فقال البائع: بعت، فقال المشتري لا أريده.

وعلى قياس ما حكينا عن شمس الأئمة السرخسي في المسألة السابقة[(٢)]: ينبغي أن ينعقد البيع بينهما في الصورة الأولى؛ لأن قول المشتري: اشتريت، مضمر معناه: بعت مني فإني فقد اشتريته.

---

(١) زاد في أ: مني.

(٢) في أ: الثانية، وفي م: المتقدمة.

وفي المنتقى إذا قال لغيره: أبعتني هذا العبد بألف؟ استفهام، فقال صاحب العبد: نعم، فقال المساوم: قد أجزته، فهذا بيع لازم.

وإذا قال: بعت هذا العبد من فلان، بحضرة فلان في المجلس، وقال: اشتريت، يصح.

وإذا قال لغيره: بعتك هذا العبد بألف درهم، فقبضه المشتري ولم يقل شيئًا، ينعقد البيع بينهما. ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - في بيوعه في باب جناية المبيع.

وإن[١] قال غيره: كل هذا الطعام بدرهم لي عليك، فأكل، كان هذا بيعًا وكان ما أكل حلالا. ذكره شمس الأئمة السرخسي في كتاب الاستحسان.

وفي أدب القاضي في باب: ما يحله القضاء: أن الأكل واللبس من المشتري بعد قول البائع: بعت، يكون رضا بالبيع.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال الرجل: بعت منك عبدي هذا بألفي، فقال المشتري: اشتريت منك بألفي درهم، فالبيع جائز، فإن قبل البائع الزيادة في المجلس تم[٢] البيع بألفي درهم؛ لأنه أمكن تصحيحه بأن [يجعل كأن المشتري قال][٣] قبلت البيع بألفي[٤] درهم، وزدتك ألفا أخرى.

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل قال لغيره: اشتريت منك هذا العبد بألفين، فقال ذلك الغير: بعته منك بألف، فهذا جائز، ويجعل كأن البائع قال: بعته[٥] منك بألفين وحططت عنك ألفًا.

وكتبت في الزيادات في رجل قال لغيره: بعتك عبدي هذا بألف درهم فقال ذلك

---

(١) في م: وإذا.
(٢) في أ: ثم.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: بألف.
(٥) زاد في أ: هذا.

الغير: قبلته بألفين [جاز البيع بألف وجعل قبول البيع بألفين][١] قبولا للبيع [بألف][٢].

وكتبت ثمة أيضًا: وهذا الجواب يجب أن يكون [قياسًا على][٣] قولهما، أما على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله -: ينبغي ألا ينعقد هذا البيع أصلا بناء على مسألة الشهادة بالألف والألفين، فإن أبا حنيفة - رضي الله عنه - لم يجعل الشهادة بالألفين شهادة بألف، فيجوز أن [لا][٤] يجعل قبول البيع بألفين قبولًا بألف.

وإذا قال لغيره: جعلت لك عبدي هذا بألف درهم، وقال ذلك الغير: [قبلت][٥] هل ينعقد البيع بينهما؟ اختلف المشايخ فيه.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع مسألة تدل على أنه ينعقد وصورتها: رجل مات وترك عبدًا قيمته ألف [درهم][٦] لا مال له غيره، وعلى الميت [لرجل][٧] ألف درهم دين، فأعطى القاضي العبد للغريم بدينه، وقال: هذا بيع لك بدينك، [أو قال جعلته لك بدينك، بني][٨] على اللفظين أحكام البيع، قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وهذا هو الصحيح لأنهما أتيا بمعنى البيع وإن لم يأتيا بلفظ البيع، والعبرة في العقود للمعاني لا الألفاظ وهذه المسألة [دليل][٩] أيضًا على أن من قال لغيره: هذا العبد بيع لك بدينك فقبل ذلك الغير أنه ينعقد البيع بينهما.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: قباس.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: وبني.
(٩) سقط في م.

وإذا قال لغيره بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع: بعت هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت، يصح وإن لم يكن البائع قال: بعت منك.

وفي فتاوى أهل بلخ سئل أبو الليث[١] - رحمه الله - عمن قال: بكم هذا الوقر الحطب؟ قال: بدرهم، فقال: سق الحمار؟ قال: لا يكون بيعًا ما لم يسلم الحطب وينتقد منه الثمن.

وقد قيل: لو قال قائل: إن هذا البيع[٢] لا يبعد[٣]؛ لأن قوله: سق الحمار رضا بالبيع فإذا[٤] ساق البائع فقد ساعده[٥] على ذلك الرضا وظهر تراضيهما بالبيع.

وسئل أبو الليث الكبير - رحمه الله - عمن قال لآخر: خذ هذا الثوب بعشرة فقال: أخذت، ثم قال البائع: لا أعطيك، قال: ليس له ذلك، وكذا المشتري ليس له أن يمتنع بعد قوله: أجزت.

وإذا قال الرجل لغيره: بعتك عبدي هذا بألف درهم، فقال ذلك الغير: هو حر، ذكر شيخ الإسلام والصدر الشهيد - رحمهما الله - في دعوى الجامع: أن هذا جواب ويعتق العبد.

وذكر في العيون أنه ليس بجواب، ولا يعتق العبد، ولو قال: فهو حر، فهو جواب، وعتق العبد، وعليه ألف درهم.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في نوادره عن أبي حنيفة - رحمه الله - كما ذكر في العيون، وروى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - في رجل قال لغيره: بعني غلامك هذا بألف درهم، فقال: بعت، فقال المشتري: هو حر، قال أبو حنيفة - رحمه الله - قوله: هو حر، قبض منه له، وعتق عليه [قال إبراهيم،

---

(١) زاد في م: الكبير.
(٢) في م: بيع.
(٣) في م: ينعقد.
(٤) في م: فإن.
(٥) في أ: عده.

وقال محمد][١] - رحمه الله -: لا يعتق فلا[٢] يكون قابضا بالعتق.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال لآخر: بعتك هذا العبد، فقال الآخر: هو حر، أو قال: هو مدبر، فذلك سواء في قولي وليس هذا بيع حتى يأخذه ثم يعتقه، قال: وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: إذا قال: هو حر، يعتق عليه.

وفي فتاوى الأصل: إذا قال لغيره بعت منك عبدي هذا بألف درهم ووهبت الألف منك، فقال المشتري: اشتريت، صح البيع، ولا يجوز البراءة؛ لأن الثمن لم يجب بعد.

وفي مجموع النوازل: أن البيع لا يصح في هذه الصورة؛ لأن هذا في معنى البيع بلا ثمن.

رجل قال لآخر: بعت هذا العبد من فلان فبلغه[٣] الرسول، وقال المشتري: اشتريت، فهو بيع ولو لم يقل[٤] فبلغه، وقال المشتري: اشتريت، لا يصح؛ لأن شرط البيع لا يتوقف على ما وراء المجلس.

ولو قال: بعته منه فبلغه يا فلان، فبلغه رجل آخر، جاز؛ لأنه حين قال: فبلغه، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ، فكل من بلغه كان التبليغ برضائه فإذا[٥] قبل، صح وهذا شيء يحفظ جدًا.

وفي مجموع النوازل لرجل على آخر دين [فطالبه فجاء][٦] المطلوب بشعير قدرًا معلومًا وقال للطالب: خذه بسعر البلد، قال: إن كان سعر البلد معلومًا، وهما يعلمان ذلك، كان بيعًا، فأما إذا لم يكن سعر البلد معلوما، أو كان معلوما إلا أنهما

---

(١) في م: وقال إبراهيم ومحمد.
(٢) في م: ولا.
(٣) زاد في أ: فبلغه.
(٤) زاد في أ: بلغه.
(٥) في م: فإن.
(٦) في م: فطلبه في.

لا يعلمان ذلك، لا يكون بيعًا.

رجل قال لآخر: بعتك هذا العبد ثم قام أحدهما عن المجلس، إما البائع أو المشتري، ثم قبل الآخر، لا يصح قبوله. هذا هو المذكور في عامة المواضع، وذكر شيخ الإسلام في الباب الثاني من شرح الجامع أنه إذا باع وهو قاعد، ثم قام البائع إلا أنه لم يذهب عن ذلك المكان حتى قبل المشتري، صح قبوله، وهكذا كتبت في هذا أيضًا، ولو كانا يمشيان فقال [أحدهما](١) بعت وقال الآخر بعدما مشيًا خطوة أو خطوتين: قبلت، رأيت في بعض المواضع أنه لا يجوز في ظاهر الرواية، وفي رواية يجوز.

ورأيت مكتوبًا على ظهر الجزء الثاني من شرح البيوع شرحه الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله - أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد فمشيا مكانا، ثم قبل المشتري أن في انعقاد هذا البيع وصحته اختلاف المشايخ.

وسئل نصير عمن قال لآخر: بعت منك هذا العبد، وفي يد المشتري قدح ماء، فشربه، ثم قال: اشتريته، كان البيع قائما، وكذا لو أكل لقمة ثم قال: اشتريت، وإن كان المشتري في الدار فخرج ثم قال: اشتريت، لا ينعقد العقد بينهما؛ لأن المجلس قد تبدل.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال الرجل لغيره: بعت منك هذا الثوب بعشرة، والمشتري قال: أخذته بتسعة وتقابضا، قال هو بتسعة؛ لأنه ينظر [إلى آخرهما](٢) كلاما، فيحكم بذلك.

وفي العيون عن محمد - رحمه الله -: رجل ساوم رجلا، فقال البائع: أبيعه بخمسة عشر، وقال المشتري: لا آخذه إلا بعشرة، فإن كان الثوب في يد المشتري حين ساومه، فهو بخمسة عشر؛ لأن المشتري رضي بخمسة [عشر](٣) لما ذهب،

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: بآخرهما.
(٣) سقط في أ.

وإن كان الثوب في يد البائع وقت المساومة فدفعه إلى المشتري، ولم يقل البائع شيئا فهو بعشرة؛ لأن البائع رضي بعشرة لما دفع الثوب إلى المشتري.

وعنه أيضا: رجل ساوم رجلا بثوب فأخذه على المساومة أو دفعه إليه وهو يساومه وقال: هو بعشرة، فذهب به المشتري، قال: هو الثمن الذي قاله البائع أبدًا حتى يرد عليه، ومعنى قوله: حتى يرد عليه، أن يقول للمشتري: لا آخذه إلا بعشرة[(١)].

وعن أبي يوسف - رحمه الله - رجل أخذ ثوبًا من رجل فقال البائع: بعشرين، وقال المشري: لا أزيدك على عشرة فذهب بالثوب، وضاع فهو بعشرين.

وفي الواقعات: رجل قال لآخر: بكم هذا الثوب؟ فقال: بعشرين، فقال المشتري: لا أريده بعشرين، فذهب ثم جاء رجل فأخذ الثوب وذهب به، [فهلك][(٢)] فهو بعشرين؛ لأنه رضي به.

وإذا أخذ الرجل[(٣)] ثوبًا، وقال: اذهب به فإن رضيته اشتريته، فذهب به وضاع الثوب، فلا شيء عليه.

ولو قال: إن رضيته أخذته بعشرة، فضاع، فهو ضامن قيمته بناء على أن المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضمونا بالقيمة[(٤)] إذا كان الثمن مسمى.

---

(١) في أ، م: بتسعة.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: من رجل.

(٤) القيمة لغة: الثمن الذي يقاوم به المتاع، أي: يقوم مقامه. وهي واحدة القيم؛ وأصله الواو. يقال: قومت السلعة. وقومت الشيء: فهو قويم.

القيمة في اصطلاح الفقهاء: الثمن الحقيقي للشيء. وهو يختلف عادة باختلاف الحال والزمان، والمكان، ومن ثم عرفها فقهاء الحنفية بأنها: «ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان».

ينظر: المصباح المنير مادة (ق وم)، العين، مادة: (ق وم)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ١٢٥)، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، سلسلة المعاجم والأدلة والكشافات (رقم: ٥)، ص (٢٢٧)، الجوهرة النيرة (١/ ١٩٣)، البحر الرائق (٦/ ١٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٧٥).

وفي الأمالي برواية أبي سليمان عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالثمن، وصورة تلك المسألة: بزاز أرسل غلامه يجلب عليه ثيابًا يشتري لرجل ثوبًا، فنادى الغلام في السوق من معه ثوب كذا بكذا، فقال رجل: أنا، فقال الغلام[١]: هاته فأعطاه إياه، فإن هذا الثوب قد أخذ على سوم الشراء وهو ضامن للثمن الذي سماه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل ساوم رجلاً بثوب فقال صاحب الثوب: هو بعشرة فقال المساوم: هاته حتى أنظر إليه، فدفعه إليه على ذلك، فضاع لا يلزمه شيء؛ علل فقال: لأنه أخذه على النظر أشار إلى أن هذا ليس بمقبوض على سوم الشراء.

وإن أخذه على غير النظر، ثم قال: أنظر إليه، فضاع لم يخرجه قوله: أنظر إليه عن الضمان[٢]، وهو على ما أخذه عليه أول مرة.

وهكذا روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أيضًا، وصورة ما روي عنه: رجل قال لغيره: هذا الثوب لك بعشرة فقال ذلك الرجل هاته حتى أنظر إليه، أو قال حتى أريه غيري فأخذه على هذا، وضاع منه، فلا شيء عليه ولو قال: هاته فإن رضيته أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن.

رجل قال لغيره: إن الناس يشترون كرمك هذا بألفي درهم فلم لا تبعه؟ فقال له صاحب الكرم: بعته منك بألف درهم، وقال المشتري: اشتريته بها، صح البيع إن لم يكن على طريق الهزل.

وإن أراد به الهزل؛ بأن كان قوله ذلك ردًا لكلام ذلك الرجل لا يصح البيع، وإن اختلفا، فالقول قول البائع أنه[٣] أراد به الهزل.

---

(١) في م: الرجل.
(٢) في أ: المضاف.
(٣) في أ: إن.

وإن كان المشتري أعطاه شيئًا من الثمن وأخذه، ثم ادعى الهزل لا تسمع دعواه؛ ذلك لأن قبض الثمن علامة الجد.

وينعقد البيع بلفظ السلم[١] باتفاق الروايات، وفي انعقاد السلم بلفظ البيع روايتان، سيأتي بيان ذلك في موضعه.

وينعقد البيع بالتعاطي[٢] بدون لفظ الإيجاب والقبول، على هذا اتفقت[٣]

---

(١) السلم: في اللغة: هو السلف وزنًا ومعنى، وذكر الماوردي أن السلف لغة أهل العراق، والسلم لغة أهل الحجاز، وقيل: السلف تقديم رأس المال، والسلم تسليمه في المجلس، فالسلف أعم، والسلم شرعًا: هو بيع موصوف في الذمة.
وفي الاصطلاح: اختلف الفقهاء في تعريفه تبعًا لاختلافهم في الشروط المعتبرة فيه:
- فالحنفية والحنابلة الذين اشترطوا في صحته قبض رأس المال في مجلس العقد وتأجيل المسلم فيه احترازًا من السلم الحال - عرفوه بما يتضمن ذلك:
فعرفه ابن الهمام بقوله: «هو بيع آجل بعاجل». وفي تبيين الحقائق «أخذ عاجل بآجل».
وفي كشاف القناع: «هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد».
وأما المالكية الذين منعوا السلم الحال لكنهم لم يشترطوا تسليم رأس المال في مجلس العقد، وأجازوا تأجيله اليومين والثلاثة لخفة الأمر، فقد عرفوه بأنه: «بيع شيء موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه»، أو: «بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة، أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم».
وأما الشافعية الذين اشترطوا لصحة السلم قبض رأس المال في المجلس، وأجازوا كون السلم حالًا ومؤجلًا، فقد عرفوه بأنه: «عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلًا».
ويسمي الفقهاء المشتري في عقد السلم: المسلم أو رب السلم، والبائع: المسلم إليه، والمبيع: المسلم فيه، والثمن: رأس مال السلم.
ينظر: شرح فتح القدير (٧/ ٦٩)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٠)، الشرح الصغير على بلغة السالك (٢/ ٩٢)، روضة الطالبين (٣/ ٢٤٢)، كشاف القناع (٣/ ٢٨٨، ٢٨٩)، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٧٨)، عقد السلم في الشريعة الإسلامية، د. نزيه حماد، ص (٨)، الترشيد الشرعي للبنوك، ص (٣٣٤).

(٢) التعاطي لغة: يقال: هو يتعاطي كذا: أي: يتناوله.
والتعاطي شرعًا: هو البيع بالأخذ والعطاء من غير لفظ البيع.
ينظر: تاج العروس (١٠/ ٢٤٦)، مادة (ع ط و)، فتاوى قاضي خان، للإمام فخر الدين الحسن بن منصور الأوزجندي، بهامش الفتاوى الهندية، للعلامة الشيخ نظام (٢/ ١٢٧).

(٣) في م: انعقدت.

الروايات. والأصل فيه عرف الناس وعاداتهم[(١)].

ومن صورة ذلك: رجل قال لقصاب: كم تعطي من هذا اللحم بدرهم؟ فقال: منوين، فقال الرجل: زن منوين، فوزن ودفع إلى الرجل ودفع الرجل درهما إلى القصاب، وذهب باللحم، فهذا بيع، وإن لم يتلفظ [بلفظ][(٢)] البيع والشراء.

وذكر في النوازل: رجل وضع فلسا عند بقال وأخذ رمانة [برضاه][(٣)] ولم يتكلما بشيء، فهذا بيع.

ثم اختلف المشايخ فيما بينهم، بعضهم قالوا: إنما ينعقد البيع بالتعاطي في الأشياء الخسيسة نحو البقل والرمان والخبز وأشباه ذلك.

وهكذا ذكر الكرخي رحمه الله في كتابه.

وعامتهم على أنه ينعقد في جميع الأشياء الخسيسة والنفيسة في ذلك على السواء، وفي الكتب مسائل تدل لهذا القول، وهو الصحيح.

واختلف المشايخ أن الشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين، أو الإعطاء من أحد الجانبين يكفي.

---

(١) اختلف الفقهاء في انعقاد البيع بالتعاطي. فذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وفي قول للشافعية إلى: جواز البيع بالتعاطي.

والمذهب عند الشافعية اشتراط الصيغة لصحة البيع وما في معناه.

وللشافعية قول ثالث بجواز المعاطاة في المحقرات.

ولبيع المعاطاة صورتان:

الأولى: أن يتم التعاطي من غير تكلم، ولا إشارة من أحد الطرفين، وهو جائز عند الحنفية والمالكية، والحنابلة، ورجح النووي الجواز بخلاف المذهب.

الصورة الثانية: أن يتم التعاطي بتكلم أحد الطرفين ويتم التسليم، وهو تعاط عند المالكية، والحنابلة. ولم يعده الحنفية تعاطيا.

ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٤)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٧)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣)، وحاشية بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ٣٤٣)، وروضة الطالبين (٣/ ٣٣٧)، ونهاية المحتاج (٣/ ٣٦٤)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٥٦١، ٥٦٢).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

وأشار محمد - رحمه الله - في الجامع إلى: أن تسليم المبيع[(١)] [يكفي][(٢)].

وفي مسائل الوكيل مسألتان:

إحداهما: تدل على أنه يشترط الإعطاء من الجانبين.

والأخرى: تدل على أن الإعطاء من أحد الجانبين يكفي.

وفي المنتقى مسائل تدل على أن الإعطاء من أحد الجانبين يكفي.

وستأتي تلك المسألة بعد هذا، وستأتي صورها في موضعها إن شاء الله تعالى.

[وسيأتي][(٣)] في فصل الإقالة: نص: أن الشرط هو الإعطاء من الجانبين.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يشترط الإعطاء من الجانبين.

وكذلك القاضي الإمام ركن الدين علي السغدي - رحمه الله - كان يشترط الإعطاء من الجانبين، وكان يقول: إذا وجد قبض البدلين في المجلس ينعقد البيع بالتعاطي وما لا فلا.

وبعض مشايخنا اكتفوا بالإعطاء من أحد الجانبين، وهذا القائل يشترط بيان الثمن[(٤)] لانعقاد هذا البيع بتسليم المبيع، وهكذا حكي فتوى الشيخ الإمام أبي الفضل الكرماني - رحمه الله -.

وفي المنتقى: رجل ساوم رجلاً [بشيء][(٥)] أراد شراءه منه ولم يكن معه وعاء

---

(١) التسليم: من «سلّم: يقال: سلّم، يسلم، تسليما، والتسليم: بذل الرضا بالحكم، والتسليم: السلام، والسلام: الاسم من التسليم. والسلام من أسماء الله الحسنى».
ينظر: مختار الصحاح، مادة «سلم» (١/ ١٣١)، المعجم الوسيط (١/ ٤٤٦).
واصطلاحا: عند الحنفية: التخلية والقبض، وهو: أن يخلّي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه. فيجعل البائع مسلّما للمبيع. والمشتري قابضا له. وكذلك تسليم الثمن من المشتري للبائع.
ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٣).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: الثمنين.

(٥) سقط في أ، م.

يأخذه فيه، ثم فارقه، ثم جاء بالوعاء بعد ذلك وأعطى[١] الدراهم، فهذا جائز، فقد حكم بجواز البيع بإعطاء الدراهم، فهذا يدل على انعقاد البيع بالتعاطي من أحد الجانبين.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - رجل قال لغيره: كيف تبيع الحنطة؟ فقال: كل قفيز بدرهم، فقال كل [لي][٢] خمسة أقفزة، فكال، فذهب بها، قال: هذا بيع وعليه خمسة دراهم، وهذه المسألة دليل على انعقاد البيع بالإعطاء من أحد الجانبين[٣].

[وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: إذا قال رجل للقصاب: زن لي ما عندك من اللحم؛ أو قال: زن لي من هذا الجنب أو من هذا الرجل على حساب ثلاثة أرطال بدرهم، فوزن له فلا خيار له.

وفي «المجرد» عن أبي حنيفة - رحمه الله -: إذا قال: للحام: كيف تبيع اللحم؟ قال: كل ثلاثة أرطال بدرهم، قال: قد أخذت منك زن لي، ثم بدا للحام ألا يزن، فله ذلك، وإن وزن فقبل قبض المشتري، كان لكل واحد الرجوع، فإن قبضه المشتري أو جعل البائع في وعاء المشتري بأجرة تم البيع وعليه درهم.

وهذه المسألة أيضًا دليل على انعقاد البيع بالإعطاء من أحد الجانبين][٤].

وفي نوادر ابن رستم عن محمد - رحمه الله -: إذا قطع القصاب اللحم ووزن والمشتري ينظر، ثم أبى أن يقبض، له ذلك حتى[٥] يقول: رضيت، أو يقبض.

رجل اشترى وقرين [من آخر][٦] بثمانية دراهم، ثم قال للبائع: ائت بوقر آخر بهذا الثمن وألقه هاهنا، فجاء البائع بوقر آخر وألقى في ذلك الموضع، فهذا بيع،

---

(١) في أ: وأدى، وفي م: وأعطاه.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: أيضا.
(٤) ما بين المعقوفين سقط في أ.
(٥) في أ: ثم.
(٦) سقط في م.

وله أن يطالب الآمر بثمانية دراهم.

وإذا قال الرجل لغيره: بعتك عبدي هذا بألف درهم، بعتك عبدي هذا [بمائة دينار، فقال المشتري: قبلت، ينصرف قبوله إلى الإيجاب الثاني ويكون هذا بيعًا بمائة دينار][١].

[بخلاف ما][٢] لو قال لعبده: أنت حر على ألف درهم، أنت حر على مائة دينار، فقال العبد: قبلت، لزمه المالان.

والفرق: أن الإيجاب الثاني رجوع عن الإيجاب الأول وإقامة للثاني مقام الأول، ورجوع[٣] البائع عن قبول المشتري عامل.

ألا ترى أنه لو قال: رجعت عن ذلك، قبل قبول المشتري يعمل رجوعه، وإذا عمل رجوعه بطل الإيجاب الأول فانصرف[٤] القبول إلى الإيجاب الثاني، أما رجوع المولى عن إيجاب العتق ليس بعامل؛ ألا ترى أنه لو قال: [رجعت عن ذلك، لا يعمل رجوعه، والمعنى في ذلك أن إيجاب العتق بالمال تعليق العتق][٥] بالقبول، والرجوع في التعليقات لا يكون عاملاً فبقي الإيجاب الأول، والإيجاب الثاني قد صح فينصرف القبول إليهما.

ولو قال لغيره: اشتريت منك هذا الطعام بكذا فتصدق به عني، أو قال: هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصًا، ففعل هذا الرجل، فإن هذا يكون بيعًا صحيحًا، والله أعلم.

* * *

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: بثمانية دينار.
(٢) في أ، م: وبمثله.
(٣) في م: في رجوع.
(٤) في أ: انصرف.
(٥) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل: معرفة المبيع والثمن؛ لأن البيع لا بد له من المبيع والثمن.

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: ما يتعين بالعقد فهو مبيع، وما لا يتعين فهو ثمن إلا أن يقع عليه لفظ المبيع[١].

ثم قال: الدراهم والدنانير أثمان أبدًا؛ لأنها في الأصل خلقت ثمن الأشياء وقيمتها قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ فسمى الثمن بالدراهم.

وقال الفراء في كتابه: الثمن ما يكون دينا في الذمة، والدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات على أصلنا، وإنما ينعقد على مثلها دينا في الذمة فجعلوا الدراهم والدنانير يتعينان أثمانا.

ولهذا فالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال مبيعة أبدًا، والمكيلات[٢] والموزونات[٣] والمعدودات بين مبيع وثمن[٤] وليس أحدهما بأن يجعل مبيعًا أولى

---

(١) في م: البيع.

(٢) المكيلات: هي الأشياء التي تباع بالكيل، كالحنطة والشعير والذرة إلى غير ذلك من أنواع الحبوب.
ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام مادة (١٣٣) (١/ ١١٨).

(٣) الموزونات: جمع موزون والمراد به: ما لا تخرجه الصفة عن بيعه بحسب الوزن.
ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام مادة (١٣٤) (١/ ١١٨)، مجمع الضمانات، ص (١١٧).
واختلف فقهاء الحنفية في حد المكيل، والموزون في البياعات على قولين:
القول الأول: وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة، ومحمد - رحمهما الله تعالى-: وهو أن العبرة في معرفة المكيل والموزون هو النص، فما نص فيه على تحريم التفاضل وزنًا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضة، أما ما لا نص فيه فهو محمول على عادات الناس في الأسواق. واستدلوا على ذلك: بنص الحديث: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن، والفضة بالفضة وزنًا بوزن» فقد نص الحديث على أنهما موزونات، والنص أقوى من العرف لأن العرف قد يكون على باطل، أما النص الصحيح فلا يحتمل أن يكون على باطل.
كما أن حجية العرف تكون على الذين التزموه فقط، أما النص فهو حجة على الكل.
كما أن العرف نفسه أصبح حجة بالنص، وهو قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» أما ما لم ينص عليه فهو محمول على العادة؛ لأن العادة حينئذ دليل على =

من الآخر؛ لأن المكيل والموزون متعينان في البياعات كالعروض[(١)]، فجعلنا كل واحد منهما مبيعًا من وجه وثمنًا من وجه.

وإن كانت المكيلات والموزونات غير معينة[(٢)]، فإن استعملت استعمال الأثمان فهي ثمن، نحو أن يقول: اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة[(٣)] فلا يصح العقد إلا بطريق السلم.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في شرح شهادات الجامع: أن المكيل والموزون إذا لم يكن معينًا فهو ثمن دخل عليه حرف (الباء) أو لم يدخل؛ لأن المكيل والموزون من ذوات الأمثال [حتى يضمن][(٤)] بالمثل في الإتلاف فصار

= الجواز لقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن».

القول الثاني: إليه ذهب الإمام أبو يوسف - رحمه الله تعالى - وهو أن العبرة في معرفة المكيل والموزون هو العرف. . . . . واستدل على ذلك بالنص السابق أيضا.

فالكيل في الأشياء المكيلة في الحديث، والوزن في الأشياء الموزونة إنما كان كذلك؛ لأن العادة كانت جارية في ذلك الوقت بهذا، فإذا تبدلت العادة كان لا بد من تبدل الحكم. والمكيل والموزون يصلحان أن يكونا مبيعا وثمنا.

(٤) زاد في م: فإن لا بد له من مبيع وثمن.

(١) العروض: جمع العرض - بفتح العين وإسكان الراء - اسم لكل ما قابل النقدين من صنوف المال - وبفتح العين والراء - ما قابل الجوهر؛ ويرى الفقيه الحنفي الكمال ابن الهمام أن العروض جمع عرض - بفتحيتين-: حطام الدنيا.

ويقول ابن قدامة - رحمه الله -: العروض جمع عَرَض، وهو غير الأثمان من المال على اختلاف أنواعه من النبات، والحيوان، والعقار، وسائر المال.

وقال أبو عبيد: العروض: الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، جمع عَرْض - وهو ساكن الراء - وعَرَض الدنيا - محرك - هو حطامها وما يصيب الإنسان منها، قال تعالى: ﴿يَأْخُذُونَ عَرَضَ هَٰذَا ٱلْأَدْنَىٰ﴾.

ينظر: مختار الصحاح، مادة (عرض) (١/ ٤٦١)، وتحرير ألفاظ التنبيه، (١١٤)، وتهذيب اللغة (١/ ٢٨٩)، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص (١٠٩)، وفتح القدير (٢/ ٢١٧)، والمغني والشرح الكبير (٢/ ٦٢٣)، والأموال، لأبي عبيد القاسم بن سلام، ص (٤٨، ٤٢٣).

(٢) في م: متعينة.

(٣) زاد في م: ونصف ذلك، وإن استعملت استعمال المبيع كان مبيعا بأن قال: اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد.

(٤) في م: حين الضمان.

نظير الدراهم والدنانير، [والدراهم والدنانير](١) أثمان دخل عليها حرف (الباء) أو لم يدخل فكذا المكيل والموزون، والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في أنها لا تتعين بالتعيين.

وكان أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - يقول: الدراهم والدنانير يتعينان في العقود ولا يتعينان في التسليم، ويستدل بمسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في الجامع، وصورتها: إذا قال الرجل: [إن](٢) بعت هذا العبد بهذا الكر وبهذه الألف فهما في المساكين صدقة، فباع العبد بهما، لزم التصدق بالكر دون الألف، ولو لم تتعين الدراهم في العقد لما وجب التصدق بشيء؛ لأن شرط وجوب التصدق البيع بالكر المعين والدراهم المعينة، فإذا كانت الدراهم لا تتعين في العقود كان البيع واقعًا بكر معين وبدراهم في الذمة فكان الموجود نصف الشرط، [وبوجود نصف الشرط](٣) لا ينزل الجزاء.

والجواب عن هذا الإشكال، وهو وجه تخريج هذه المسألة: [أن شرط](٤) وجوب التصدق وجود البيع مضافًا إلى الكر وإلى الدراهم وتسميتهما(٥) في البيع، فأما تعيين الدراهم فليس بشرط في شيء؛ [لأنه ليس](٦) من صنع العبد فصار في التقدير كأنه قال: [إن بعت هذا العبد](٧) مضافًا(٨) إلى هذا الكر وإلى هذه الألف فهما في المساكين صدقة، فإذا أضاف البيع إليهما وسماهما في البيع فقد وجد شرط وجوب التصدق فيلزمه التصدق.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: وتسميتها.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: بعت بيعا.
(٨) في أ: بيعا مضافا.

وإذا عرفت المبيع والثمن فنقول:

من حكم المبيع إذا كان منقولا ألا يجوز بيعه قبل القبض وبه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ ولأنه يمكن في العقد غرر[١] يمكن التحرز عنه، ونهى رسول الله ﷺ «عن بيع فيه غرر»[٢].

بيانه: أن المشتري الأول لو قبض المبيع بعدما [باع][٣] يتم البيع الأول ويصير بائعًا [ملك نفسه][٤]، ومتى لم يقبض حتى هلك في يد البائع الأول ينفسخ البيع

---

(١) الغرر في اللّغة: هو اسم مصدر من التّغرير، وهو الخطر، والخدعة، وتعريض المرء نفسه أو ماله للهلكة، يقال: غرّه غرًّا وغرورًا وغرّةً فهو مغرور وغرير: خدعه وأطمعه بالباطل، وغرّته الدّنيا غرورًا: خدعته بزينتها، وغرّر بنفسه تغريرًا وتغرّةً: عرّضها للهلكة.

والتّغرير: حمل النّفس على الغرر.

وأما الغرر في اصطلاح الفقهاء: فهو «ما كان مستور العاقبة»، وعقد الغرر «هو ما خفيت عاقبته، أو تردد بين الحصول والفوات».

ينظر: تاج العروس (غرر)، (١٣/ ٢١٤)، لسان العرب (غرر)، (٥/ ٣٢٣٤)، حاشية الجمل لسليمان الجمل (٣/ ٩٢)، دار الفكر، بيروت.

وربط الفقهاء بين الغرر والجهالة، وذكروا أن كل واحد منهما أعم من صاحبه من وجه، وأخص منه من وجه آخر، وفي ذلك يقول القرافي: أصل الغرر هو الّذي لا يدرى هل يحصل أم لا؟ كالطّير في الهواء والسّمك في الماء، وأمّا ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول، كبيعه ما في كمّه، فهو يحصل قطعًا، لكن لا يدرى أي شيء هو؟ فالغرر والمجهول كلّ واحد منهما أعمّ من الآخر من وجه وأخصّ من وجه فيوجد كلّ واحد منهما مع الآخر وبدونه أمّا وجود الغرر بدون الجهالة: فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه، وهو غرر؛ لأنّه لا يدرى هل يحصل أم لا؟.

والجهالة بدون الغرر: كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت، مشاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته يقتضي الجهالة به.

وأمّا اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق، المجهول الصّفة قبل الإباق.

ينظر: الفروق للقرافي (٣/ ٢٦٥)، التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، ص (٥٣٦)، وغرر المقالة في شرح غريب الرسالة، للمغراوي، طبعة دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٦هـ، ص (٢١٢)، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٢١١).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٣) كتاب البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، حديث (٤/ ١٥١٣).

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: نفسي.

الأول ويعود العبد إلى قديم ملك البائع، فيصير المشتري الأول بائعا ملك الغير، فإذا كان لا يدري أنه يقبضه المشتري أو لا يقضبه لا يدري أنه يكون بائعًا ملكه فيصح، أو[١] يكون بائعًا ملك غيره فلا يصح فكان فيه غرر من هذا الوجه، وكل جواب عرفته في المشتري فهو جواب في بدل الصلح عن دعوى المال، وفي الأجرة إذا كانت الأجرة عينا وقد شرط تعجيلها، لا يجوز بيعه قبل القبض؛ لأن القبض وإن ورد في البيع لكن بمعنى الغرر.

فكل عين ملك بعقد ينفسخ فيه بهلاكه قبل القبض [كان فيه غرر؛ فيكون القبض واردا فيه؟][٢] دلالة، والأجرة وبدل الصلح عن دعوى المال بهذه المثابة فيكون النص واردًا فيهما دلالة، فأما المهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد إذا كان عينا فبيعهما جائز قبل القبض؛ لأن[٣] وهم الغرر بانفساخ العقد في هذه [الأشياء منتف ولا يكون النص واردًا في هذه][٤] الأشياء والمطلق للتصرف موجود وهو الملك فجاز بيع هذه الأشياء [قبل القبض.

[وما][٥] لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته.

[ولو تصدق بالمنقول[٦] المشترى][٧] قبل القبض][٨] وبما هو بمعنى المشترى

---

(١) زاد في م: لا.
(٢) في أ: وكان ردًّا فيه.
(٣) في أ: كان.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: قبض فكذا.
(٦) المنقول: لغة: اسم المفعول مشتق من نقل ينقل، وهو التحويل.
ينظر: لسان العرب (١٤/ ٣٤٤) مادة (نقل)، والمصباح المنير، ص (٣٢٧) مادة (نقلت).
والمنقول عند الحنفية: هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر كالبناء بدون أرض، والكتب، والسلاح، وغير ذلك، سواء احتفظ بصورته وهيئته التي كان عليها، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل.
والمنقول عند الجمهور: هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع الاحتفاظ بهيئته وصورته الأولى قبل النقل والتحويل، وعلى هذا فالأرض وما يتصل بها من بناء =

. . . .

= وغراس عقار عندهم. غير أن الحنفية يُلْحِقون البناء والشجر بالعقار حكمًا على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر، فلو بيعت دار أو أرض مشجرة يتناول حق الشفعة البناء والشجر مع الأرض.

والفرق بين المنقول وغيره راجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها، فإذا كانت بطبيعتها تقبل النقل فهي من المنقولات، وإذا كانت بخلاف ذلك فهي غير منقولة.

إلا أن هذه الأرض قد تُنبت ثمارًا، ويُغرَس فيها أشجار، وتقام فوقها منشآت، ويوجد في باطنها صخور وأحجار وأتربة ومعادن كالحديد والنحاس والفحم والبترول وغيرها، فجميع هذه الأشياء تتصل بالأرض وثابتة فيها لا يمكن نقلها كما هي قائمة على أصولها إلا إذا تغيرت صفتها، وذلك بأن تقلع الثمار والأشجار، ويهدم البناء فيصير أنقاضًا، وتستخرج المعادن. فهل تعتبر هذه الأشياء من العقار أو الأموال غير المنقولة حيث إن طبيعتها لا تقبل النقل إلا بتغير صفتها أو لا؟ اختلف الفقهاء وذهبوا في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة: إلى أن العقار بطبيعته لا يتناول سوى الأرض فقط، سواء أكانت مجردة عن بناء وشجر أم مشغولة بهما، أما ما عليها من البناء والشجر، فإنما يطلق عليهما عقار بالتبعية، وذلك لاتصالهما بالأرض اتصال قرار، فكانا تابعين لها، والتابع إذا أفرد عن متبوعه أشبه المنقول.

ورد في مجمع الأنهر لداماد أفندي: «المراد بالعقار: غير المنقول، وخرج البناء والشجر، فإنه من المنقول، لا شفعة فيه إلا بتبعية العقار».

وجاء في فتح العزيز للرافعي بهامش تكملة المجموع عن الأبنية، والأشجار، والثمار: «ومعلوم أن اسم العقار لا يقع عليها في المتعارف». وفيه أيضًا: «الأراضي تثبت فيها الشفعة، أما الأعيان التي كانت منقولة في الأصل، ثم أثبتت في الأرض للدوام كالأبنية والأشجار، فإن بيعت منفردة فلا شفعة فيها؛ لأنها في حكم المنقولات، وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض إما صريحًا أو على قولنا: إن الأرض تستتبعها، ثبتت الشفعة فيها تابعة للأراضي».

وورد في شرح الزركشي عن شروط الشفعة: «أن يكون المبيع أرضًا، فلا شفعة في غير الأرض... ويستثنى من غير الأرض البناء والغراس، فإن الشفعة تجب فيهما تبعًا للأرض».

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى أن العقار يتناول الأرض، والبناء، والشجر.

وعلى هذا فهما يعدان من العقار بطبيعته؛ وذلك لأنها أشياء لا يمكن نقلها مع بقائها على صورتها الأصلية.

ورد في الكافي لابن عبد البر القرطبي: «وإنما الشفعة في المشاع من العقار كله الدور، والأرضين، والحوانيت، والبساتين، والجنات، والكروم، وكل ما يصلح فيه القسم ويضرب فيه الحدود من الرباع والحوائط، والأرض كلها وما اتصل بها مما يثبت أصلاً فيها».

ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٦٤)، والهداية في شرح البداية وفتح القدير (٥/ ٤٨٤، =

نحو الأجرة، وبدل الصلح عن[1] دعوى العين، فعلى قياس قول أبي يوسف - رحمه الله -: لا يجوز، وعلى قول محمد - رحمه الله[2] -: يجوز.

وعلى هذا إذا وهبه فأبو يوسف - رحمه الله - اعتبر معنى الغرر على نحو ما بينا في البيع وأمثاله.

ومحمد - رحمه الله - يقول: تمام هذه التصرفات بالقبض فكانت العبرة بحالة القبض، ولهذا كان الشيوع وقت القبض مانعًا جواز الهبة، ولم يكن الشيوع وقت العقد مانعا.

قلنا: والمانع زائل وقت القبض فيصح فيصير الموهوب[3] له وغيره ممن ذكرنا: نائبًا عن المشتري في القبض فيصير قابضا للمشتري أولًا ثم يصير قابضًا لنفسه بخلاف البيع والإجارة؛ لأن ذلك ممن يلزم بنفسه وعند ذلك المانع قائم، والقرض والوصية على هذا الخلاف أيضًا.

هذا إذا تصرف المشتري في المنقول قبل القبض مع أجنبي، فأما إذا تصرف مع بائعه بأن باعه منه لم يجز بيعه أصلاً قبل القبض، فإن وهبه منه لا تصح هبته، وتصح إقالته، والبيع لا يصح أصلاً.

= ٤٨٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٦١، ٣٦٣)، مجمع الأنهر (٢/ ٤٧١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٠٠)، (٣/ ٤٧٦)، الكافي لابن عبد البر، ص (٤٣٦)، جواهر الإكليل (٢/ ١٥٨)، المهذب (١/ ٣٧٧)، روضة الطالبين (١١/ ٢١١)، كشاف القناع (٤/ ٦٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٦)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٣٦٤)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٢٠٨)، شرح الزركشي (٤/ ١٩١)، المدخل إلى نظرية الالتزام العام في الفقه الإسلامي، الشيخ مصطفى الزرقا مطبعة الحياة دمشق ١٣٨٣هـ، ص (١٦٣، ١٦٤)، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، مكتبة القدس، دار الوفاء، ط (١٢)، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م، ص (١٨٧، ١٨٨).

(٧) في م: لأن الإجارة بيع المنفعة فتعتبر بيع العين فيما لا يجوز بيعه.

(٨) من أول قوله: «وما لا يجوز بيعه...» إلى هنا سقط في أ.

(١) في م: في.

(٢) زاد في م: أنه.

(٣) في م: موهوب.

والفرق: وهو أن لفظة الهبة يستعمل مقام لفظة الإقالة، يقول الرجل في دعائه: اللهم هب لي ذنوبي، كما يقول: اللهم أقل عثرتي، فعند تعذر العمل بحقيقة [الهبة يجعل مجازًا عن الإقالة، فأما لفظة البيع لا تستعمل مكان لفظة الإقالة فكما تعذر العمل][١] بلفظة البيع تعذر العمل بمجازها وهو الإقالة.

وفي المنتقى: لو باع المبيع من البائع قبل القبض يصير إقالة فصار في البيع روايتان.

وفي فتاوى الفضلي: اشترى دارًا ووهبها من غير البائع قبل القبض وأمره بالقبض جاز بالاتفاق.

فرق محمد بين الهبة والبيع.

والفرق: أن الهبة لا تتم إلا بالقبض فمتى أمر المشتري الموهوب له بالقبض صح الأمر؛ لأنه صادف ملكه وصار الموهوب له وكيل المشتري في القبض فصار قبضه كقبض المشتري فصار هبة للحال وهو ما بعد قبض الموهوب له فيكون هذا من المشتري هبة بعد[٢] القبض، فأما تمام البيع بالإيجاب والقبول لا بالقبض، فلا يمكن أن يجعل بيعًا من الثاني للحال وهو ما بعد قبضه ليكون بيعًا بعد القبض.

وذكر شيخ الإسلام في شرح [كتاب][٣] الدعوى في باب الدعوى في الشراء والهبة أن بيع المبيع من البائع قبل القبض فسخ عند محمد - رحمه الله -.

وذكر الكرخي في مختصره: إذا قال المشتري للبائع قبل القبض: بعه لنفسك، فقبل، فهو نقض للبيع؛ لأنه لا يتصور بيعه لنفسه إلا بعد فسخ الأول، فالأمر به من جهة المشتري وقبول البائع ذلك يتضمن فسخ الأول.

ولو قال: بعه لي، لا يكون نقضًا، ولو باعه لم يجز بيعه؛ لأن هذا أمر بما هو

(١) سقط في أ.
(٢) في م: قبل.
(٣) سقط في م.

باطل[١] فلا يتضمن فسخ الأول، ولو قال: بعه، ولم يقل: لي، أو لنفسك[٢]، فقبل، فهو نقض للأول، وهذا قول [أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - أيضًا.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - لا يكون نقضًا.

وجه قول][٣] أبي يوسف - رحمه الله - أن قوله: بعه، ينصرف إلى البيع للآمر[٤]؛ لأن الملك له، فكأنه قال: بعه لي.

ووجه قولهما: أن الأمر بالبيع للآمر لا يصح، ويصح للمأمور بواسطة انفساخ الأول، فيصح الأمر بالبيع للمأمور ويتضمن ذلك انفساخ الأول كما [لو][٥] قال: بعه لنفسك.

وفي المنتقى: إذا اشترى رجل شيئًا ولم يقبضه حتى أمر البائع بأن يهبه من فلان ففعل تم البيع وصار المشتري قابضًا.

---

(١) العقد الباطل: هو ما ليس مشروعًا بأصله ولا وصفه؛ وذلك لانعدام ركن من أركانه، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية كالمجنون، والصبي غير المميز، أو كان المحل غير قابل للتعامل فيه، أو وجد خلل في الصيغة، كأن لم يطابق القبول الإيجاب.

والعقد الباطل لا وجود له شرعًا، ولذلك لا يترتب عليه آثار العقد الصحيح، ولا يجبر أحد العاقدين على تنفيذه، ولكن قد ينفذ العقد رغم البطلان.. فإذا نفذ العقد الباطل وجب إعادة الحال إلى ما كان عليه، ففي عقد البيع - مثلاً - للبائع أن يسترد المبيع وللمشتري استرداد الثمن، ويكون للبائع استرداد المبيع ولو انتقل من يد المشتري إلى يد أخرى، ذلك أن البيع لم ينقل الملكية؛ لأن المشتري تصرف في ملك الغير، وهذا ما ذهب إليه الجمهور، أما المذهب المالكي فإنه يفوت الرد في البيع الباطل؛ إذا تصرف المشتري، في المبيع، وكذلك يفوت الرد بزيادة المبيع أو نقصانه.

ينظر: فتح القدير (٦/ ٤٠١)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٥)، الفروق (٣/ ٢٣٦)، القوانين الفقهية، ص (٢٢٤)، بداية المجتهد (٢/ ٢٣٠)، المجموع (٩/ ٣٩٦)، المغني (٤/ ٢٨٢).

(٢) في م: إلى نفسك.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بالأمر.

(٥) سقط في م.

ولو قال [المشتري][(١)] للبائع قبل قبضه: أعتقه، فأعتقه البائع، جاز العتق عن البائع وينفسخ البيع الأول، ولا يقع العتق عن المشتري عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن بالعتق يصير المشتري قابضا والبائع لا يصير قابضا للمشترى بطريق النيابة عنه فيقع العتق عن البائع، وطريقه أن ينفسخ البيع الأول فيعود إلى ملك البائع.

وعند أبي يوسف - رحمه الله -: العتق باطل؛ لأنه لا يقع عن المشتري كما قاله أبو حنيفة - رحمه الله - ولا يقع عن البائع لعدم الملك للبائع.

ولو ملك المنقول بالوصية أو بالميراث يجوز بيعه قبل القبض، أما في الميراث لأن يد الورثة يد المورث لأنهم خلفاء عنه فكان هذا بيع المقبوض، أما الوصية فلأنها أخت الميراث فكان حكمها حكم الميراث.

أما مسألة العقار[(٢)]، فنقول: [العقار][(٣)] إذا ملك بالبيع أو الإجارة أو الصلح عن

---

(١) سقط في م.

(٢) قال ابن فارس: «العين، والقاف، والراء: أصلان متباعد ما بينهما، وكل واحد منهما مطرد في معناه، جامع لمعاني فروعه:
فالأول: الجرح، أو ما يشبه الجرح من الهزم في الشيء.
والثاني: دال على ثبات ودوام». وهذا الأصل الثاني هو الأليق بالمراد بالعقار في هذه الدراسة، والعقار بهذه الدلالة يطلق في اللغة، ويراد به: المنزل، والأرض، والضياع، والنخل، والمتاع.
قال الخليل: «العقار: ضيعة الرجل، والجمع: العقارات، يقال: ليس له دار، ولا عقار. قال ابن الأعرابي: العقار: هو المتاع المصون، ورجل معقر: كثير المتاع»، ويقال: في البيت عقار حسن، أي: متاع وأداة، وفي الحديث: «فرد عليهم ذراريهم وعقار بيوتهم».
قال ابن الأثير: «أراد: أرضهم، وقيل: متاع بيوتهم، وأدواته، وأوانيه، وقيل: متاعه الذي لا يبتذل إلا في الأعياد».
ومن هذا يظهر: أن العقار في اللغة يطلق في الغالب على كل ما له أصل، وقرار ثابت؛ كالأرض، والدور، والنخل.
ينظر: معجم مقاييس اللغة (٤/ ٩٠، ٩٥)، تهذيب اللغة (١/ ١٤٦)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٢/ ٧٥٤)، غريب الحديث (٣/ ٩٩٥) النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ٢٧٤)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٠/ ١٨٦).
والعقار عند الحنفية هو: «ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي».
والعقار عند المالكية هو: «الأرض وما اتصل بها من بناء، أو شجر». =

الدين لا يجوز التصرف فيه قبل القبض عند محمد - رحمه الله - وزفر والشافعي رحمهم الله.

ويجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لانتفاء الغرر؛ إذ العقار لا يتصور [هلاكه][(١)].

وفي النوازل: إذا اشترى دارا ووقفها قبل القبض وقبل نقد الثمن فالأمر موقوف، إن أدى الثمن وقبضها جاز [الوقف.

قيل: هذا على قول من لا يوقف صحة الوقوف على التسليم إلى المتولي.

وأما إجارة العقار قبل][(٢)] القبض فعلى قول محمد - رحمه الله -: لا شك أنه لا يجوز.

فأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه لا يجوز. هذا هو الكلام في طرف المبيع.

جئنا إلى طرف الثمن فنقول: التصرف في الأثمان قبل القبض والديون استبدالا سوى الصرف والسلم جائز عندنا[(٣)].

= وعند الشافعية العقار هو: «الأرض والبناء والشجر».
وعند الحنابلة العقار هو: «الدور والأرضين».
ومن هذا يظهر أن العقار في اصطلاح الفقهاء هو الأرض وما عليها من بناء، أو غراس.
ولا تكاد تخرج التعاريف القانونية للعقار عن هذه الدلالة:
ينظر: مجلة الأحكام، ص (٣١)، مادة (١٢٩)، شرح مختصر خليل (٦/ ١٨٤)، حاشية الجمل (٥/ ٣٦٤)، كشاف القناع (٢/ ١٦٨)، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (٢/ ١١٢، ١١٣).

(٣) سقط في م.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) السلم مشروع بالكتاب، والسنة، وإجماع الأمة: أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال ابن عباس: أشهد أن الله أحل السلم المؤجل وأنزل فيه أطول آية، ثم تلا الآية السابقة. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١١٠).
وأما السنة: فقد روى البخاري ومسلم عن ابن عباس -رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ =

واختلفت عبارة المشايخ فيه بعضهم قال[1]: لأن بيع المنقول إنما لا يجوز لمكان الغرر وهو انفساخ البيع الأول بالهلاك قبل القبض، وهذا المعنى لا يتأتى في جانب الثمن فيجوز التصرف فيه عملاً بالمطلق.

وبعضهم قال[2]: لأن الثمن واجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة، وإنما

= قدم المدينة والناس يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، فدل الحديث على مشروعية السلم، وعلى الشروط المعتبرة فيه.

وأما الإجماع: فقد ذكر ابن حجر أن العلماء اتفقوا على مشروعيته إلا ما حكي عن ابن المسيب، وذكر ابن المنذر أنه أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم أن السلم جائز، وقال البهوتي: وهو جائز بالإجماع.

وأركان السلم ثلاثة: ١- الصيغة: وهي الإيجاب والقبول.

٢- العاقدان: وهما: المسلم، والمسلم إليه.

٣- المحل: وهما المسلم فيه (المبيع، ورأس المال).

وحكمه: ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن عاجلا، ولرب السلم في المسلم فيه آجلاً،

ينظر: بداية المجتهد (٢/ ٢٤١)، فتح الباري (٤/ ٤٢٨)، المغني مع الشرح، لابن قدامة (٤/ ٣١٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢١٤).

شروط السلم: هي شروط عقد البيع، يضاف إليها بعض الشروط: ذكرها الفقهاء في كتبهم، مع الاختلاف في بعضها، ويمكن إجمالها فيما يلي:

١- أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط صفاته كالمكيل والموزون والمزروع، ولا يصح فيما لا ينضبط بالصفة.

٢- أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهرًا، فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده، وحداثته وقدمه، وجودته ورداءته، وبالجملة يصفه بما يحصل به تمام معرفته بحيث لا يبقى فيه جهالة مفضية إلى المنازعة.

٣- أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد.

٤- أن يكون مؤجلاً أجلاً معلومًا كالشهر ونحوه.

٥- أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله.

٦- تسليم رأس المال في مجلس العقد عند الجمهور، وأجاز المالكية اشتراط تأخير اليومين والثلاثة، وأجازوا تأخيره أكثر من ذلك ما لم يكن مشروطًا.

٧- اشترط أبو حنيفة، والشافعية تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة.

ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١١٠)، بداية المجتهد (٢/ ٢٤٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٢) وما بعدها، المغني مع الشرح الكبير (٤/ ٣١) وما بعدها.

(١) في م: قالوا.

(٢) في م: قالوا.

طريق قبضه أن يقبض مثله عينًا فيصير مضمونًا عليه فيلتقيان قصاصا.

وإذا كان طريق القبض هذا لا تقع التفرقة بين أن يكون المقبوض من جنسه أو من خلاف جنسه؛ لأنه مضمون بمعناه، والمقاصة(١) تقع به.

---

(١) المقاصة: لغة: قاصه قصاصًا: من باب قاتل، إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك فجعلت الدين في مقابلة الدين، مأخوذ من اقتصاص الأثر، ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل، وجرح الجارح، وقطع القاطع.

وفي الاصطلاح: متاركة مطلوب بمماثل صنفًا ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما.

أو هي: إسقاط مالك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه.

وثبت مشروعية المقاصة بالكتاب، والسنة، والإجماع:

أولًا الكتاب: قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٩]. معنى هذه الآية: أن القصاص إذا أقيم، وطبق الحكم انزجر من يريد قتل غيره مخافة أن يقتص منه، وفي ذلك حياة للاثنين معًا. وكانت العرب إذا قتل الرجل فيهم تقاتلوا مع بعضهم، وربما أدى ذلك إلى قتل العدد الكثير، فلما شرع الله القصاص اقتنعوا به، وتركوا الاقتتال، فكان في ذلك حياة لهم. ويقاس على ذلك القصاص في الأموال أيضا. قال تعالى: ﴿ٱلشَّهْرُ ٱلْحَرَامُ بِٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ وَٱلْحُرُمَٰتُ قِصَاصٌ﴾ [البقرة: ١٩٤]. فمعنى: ﴿وَٱلْحُرُمَٰتُ قِصَاصٌ﴾: أن من انتهك حرمتك نلت منه مثل ما اعتدى عليك، ثم نسخ هذا الحكم بالقتال. ومن المعلوم أن القصاص وقف على الحكام، والأموال يتناولها قوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» ومعنى ذلك: وجوب أداء أمانة من ائتمنك، وعدم خيانة من خانك، فلا تعامله بمثل معاملته من الخيانة. وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ قال قدامة ابن الهيثم: سألت عطاء بن ميسرة الخراساني فقلت له: لو على رجل حق قد جحدني به وقد أعيا علي البينة أفأقتص من ماله؟ قال: أرأيت لو وقع بجاريتك فعلمت ما كنت صانعًا. والصحيح جواز ذلك كيفما توصل إلى أخذ حقه ما لم يعد سارقًا، وهذا دليل على مشروعية المقاصة في الأموال.

ثانيا: السنة: ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه كان يقول: «الظَّهر يُركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يُشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يَركب ويَشرب النفقة».

هذا الحديث يدل على جواز انتفاع المرتهن بالشيء المرهون إذا قام بما يحتاج إليه، فالانتفاع هنا يعتبر من قبيل المقاصة؛ لأنه في مقابل الإنفاق على الدابة.

وأجمعت الأمة على مشروعية المقاصة وجوازها.

ينظر: المصباح المنير، ص (٥٠٥)، الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٦٤٤)، منح الجليل (٣/ ٥٢)، مواهب الجليل (٤/ ٥٤٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٢٧).

وروي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «كنا نبيع الإبل بالبقيع ونأخذ مكان الدراهم الدنانير، ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوزه رسول الله ﷺ»(١) بخلاف السلم لأنه وإن كان دينًا لكن [الشرع](٢) جعل المقبوض في السلم عين المستحق بالعقد؛ لأن الأصل [فيه](٣) أن يكون مبيعًا، والاستبدال بالمبيع قبل

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٤، ٣٣٥٥)، والنسائي (٢/ ٢٢٣، ٢٢٤)، والترمذي (١/ ٢٣٤)، والدارمي أيضا (٢/ ٢٥٩)، وابن ماجه (٢٢٦٢)، والطحاوي في مشكل الآثار (٢/ ٩٦)، وابن الجارود (٦٥٥)، والدارقطني (٢٩٩)، والحاكم (٢/ ٤٤)، والبيهقي (٥/ ٢٨٤ و٣١٥)، والطيالسي (١٨٦٨)، وأحمد (٢/ ٣٣، ٨٣- ٨٤ و١٣٩)، من طرق عن حماد بن سلمة عن سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع الدنانير وآخذ الدراهم، وأبيه بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيت رسول الله ﷺ، وهو في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله رويدك أسالك، إنى أبيع الإبل بالبقيع، وأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: لا بأس . . .» الحديث، والسياق لأبي داود.

وضعفه الترمذي بقوله: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر».

وأما الحاكم فقال: صحيح على شرط مسلم! ووافقه الذهبي!

وقال البيهقي: تفرد به سماك بن حرب عن سعيد بن جبير من بين أصحاب ابن عمر.

وأفصح عن علته ابن حزم فقال في المحلى (٨/ ٥٠٣ و٥٠٤):

سماك بن حرب ضعيف يقبل التلقين، شهد عليه بذلك شعبة.

وقال الحافظ في التقريب: صدوق، وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة، وقد تغير بآخره، فكان ربما يلقن.

وقال في التلخيص (٣/ ٢٦): وعلق الشافعي القول به على صحة الحديث.

وروى البيهقي من طريق أبي داود الطيالسي قال: سئل شعبة عن حديث سماك هذا؟ فقال: سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر، ولم يرفعه.

وأخبرنا قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر، ولم يرفعه، وأخبرنا يحيى بن أبي إسحاق، عن سالم عن ابن عمر، ولم يرفعه.

ورفعه لنا سماك بن حرب، وأنا أفرقه.

وينظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٤)، تبيين الحقائق (٤/ ٨٢)، العناية شرح الهداية (٦/ ٥١٩).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

القبض لا يجوز.

وذكر الطحاوي - رحمه الله - قال: إنه لا يجوز التصرف في القرض قبل القبض؛ لأنه لا يجوز تأجيله فلا يجوز التصرف فيه، وهذا منه إشارة إلى [أن][(١)] الاستبدال إنما يصح في الديون المطلقة؛ لأن طريق قبض الديون قبض أبدالها لا قبض أعيانها، وفي باب القرض: الواجب رد العين؛ لأنه إعارة فيصير كأنه انتفع بالعين ورده، ومن هذا الوجه لم يجز التأجيل في العواري لئلا يلزم، فلا يصح استبداله عنه أيضًا.

قال القدوري في كتابه: هذا سهو والصحيح أنه يجوز؛ لأن الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فأقيم رد المثل مقام رد العين فكان طريق رده ما هو الطريق في إيفاء الدين فيصح الاستبدال.

* * *

(١) سقط في م.

ومما يتصل بهذه المسائل:

ما إذا اشترى من آخر عبدًا بدراهم وتقابضا ثم تقايلا فلم يقبض البائع العبد بحكم الإقالة حتى باعه ثانيًا من هذا المشتري صح، ولو باعه من أجنبي [لا يصح، وبمثله لو اشترى رجل من آخر قبل القبض أو باعه قبل القبض من بائعه][١] لا يجوز.

ففي بيع المنقول المشترى قبل القبض سوى بين البيع من بائعه وبين البيع من الأجنبي، وفي مسألة الإقالة [فرق][٢] بين البيع من المشتري وبين البيع من الأجنبي.

والوجه في ذلك: أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، عقد جديد في حق الثالث. ففي حق المتعاقدين يعود إلى البائع قديم ملكه وأنه مقبوض، فإذا باعه من المشتري فقد باع ما هو مقبوض في حقهما، وفي حق الثالث لما كان عقدًا جديدا [جعل][٣] في حق الثالث كأن البائع اشتراه ثانيًا من المشتري ولم يقبضه بحكم الشراء فكان هذا بيع المنقول قبل القبض، فوقع الفرق في مسألة الإقالة من هذا الوجه.

وفي مسألة الشراء هذا بيع المنقول قبل القبض في حق الكل فاستوى فيه البيع من البائع والبيع من الأجنبي.

ولو اشترى غلامًا من رجل بألف درهم بشرط الخيار للمشتري[٤] ثلاثة أيام

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) اتفق الأئمة الأربعة على مشروعية البيع بشرط الخيار وجوازه في الجملة، وإن اختلفوا في تحديد الحد الأقصى لمدته.

وقد نقل غير واحد من الفقهاء هذا الإجماع، وفي هذا يقول النووي مثلا: «يصح اشتراط الخيار بالإجماع إذا كانت المدة معلومة».

ويقول ابن قدامة عند كلامه عن حديث رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار حتى يتفرقا»، «جعل التفرق غاية للخيار، وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها، إلا أن يجد للسلعة عيبا فيردها به، أو يكون قد اشترط الخيار لنفسه مدة معلومة؛ فيملك الرد أيضًا، ولا خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بهذين الأمرين».

وتقابضا، ثم فسخ المشتري العقد بخيار الشرط[1] فلم يرده على البائع حتى اشتراه

---

(١) يمكن أن يعرف خيار الشرط بأنه: اشتراط العاقدين أو أحدهما مدة يتروى فيها بين إمضاء العقد أو فسخه.

ومن حيث مشروعيته ذهب جمهور الفقهاء إلى مشروعية خيار الشرط وجوازه في الجملة، وإن اختلفوا في تحديد الحد الأقصى لمدته.

وذهب ابن حزم، ومعظم أهل الظاهر إلى عدم مشروعية خيار الشرط؛ فقد قال في المحلى: «وكل بيع وقع بشرط خيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما جميعا، أو لغيرهما، خيار ساعة، أو يوم، أو ثلاثة أيام، أو أكثر، أو أقل فهو باطل».

هذا، وقد اضطرب النقل عن سفيان الثوري، وابن شبرمة، فبينما نرى ابن حزم يقول في موضع: «وقال ابن شبرمة، وسفيان الثوري: لا يجوز البيع إذا شرط فيه الخيار للبائع، أو لهما. وقال سفيان: البيع فاسد بذلك، فإن شرط الخيار للمشتري عشرة أيام أو أكثر جاز» نراه يقول في موضع آخر: «وتفريق سفيان، وابن شبرمة بين كون الخيار للبائع، أو لهما فلم يجيزاه، وبين أن يكون للمشتري وحده فأجازه سفيان، لا معنى له».

ونقل عنهما ابن رشد إنكار مشروعية خيار الشرط مطلقا، سواء كان للبائع وحده، أو للمشتري وحده، أو لهما معا.

ونقل ابن قدامة عن ابن شبرمة جواز اشتراط الخيار مطلقا من غير تحديد بمدة معينة.

واختلف الجمهور القائلون بجواز شرط الخيار في البيع في تحديد مدة هذا الشرط، على عدة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الحسن بن حيي، وجماعة من العلماء، ونقل عن عبيد الله بن حسن العنبري، ورواية ضعيفة عن الإمام أحمد، ونسبه ابن قدامة إلى ابن شبرمة: أن الخيار - خيار الشرط - لا يتحدد بمدة، وإنما هو خيار مطلق من غير تحديد بمدة معينة.

المذهب الثاني: ذهب الشافعية، وأبو حنيفة، وزفر، والليث بن سعد، في جماهير كثيرة من العلماء، إلى أن هذه المدة لا يجوز بحال أن تجاوز ثلاثة أيام، وتجوز الثلاثة فما دونها.

المذهب الثالث: ذهب الحنابلة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وابن أبي ليلى، وابن المنذر من الشافعية إلى أن الشرط في هذه المدة أن تكون معلومة فحسب، طالت بعد ذلك أم قصرت جاوزت الثلاثة أم لم تجاوزها. وهذا أيضًا مذهب داود الظاهري.

المذهب الرابع: ذهب المالكية إلى أن هذه المدة يختلف تقديرها باختلاف المعقود عليه، من حيث الحاجة الداعية إلى شرط الخيار فيه، من اختبار أو استشارة، ومن حيث: إسراع الفساد إليه أو عدم الإسراع؛ فإن المدة تختلف تبعا لذلك، كما يفهم هذا المتتبع لفروع المالكية في كتبهم.

ينظر: المبسوط (١٣/ ٤٣)، الهداية (٣/ ٢٧) شرح فتح القدير (٥/ ٤٩٨)، الأصل (٥/ ١١٣)، تحفة الفقهاء (٢/ ٩٣)، الاختيار (٢/ ١٢)، الحجة على أهل المدينة (٢/ ٦٧٩)، الكافي (٣٤٣)، بداية المجتهد (٢/ ١٧٢)، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل (٥/ ١٠٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٩١)، نهاية المحتاج (٤/ ١٣)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ١٩٠، ٢٢٢)، حلية العلماء في معرفة مذاهب =

منه ثانيًا صح، ولو اشتراه أجنبي صح أيضًا.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن في كل موضع انفسخ البيع بين البائع وبين المشتري في المنقول بسبب [هو][(١)] فسخ من كل وجه في حق الناس كافة فباعه البائع قبل أن يقبضه من المشتري يصح بيعه [باعه][(٢)] من المشتري أو من أجنبي، وفي كل موضع انفسخ البيع بينهما بسبب هو فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق الثالث لو باعه من أجنبي لا يصح، وهذا أصل حسن أشار إليه محمد - رحمه الله - في بيوع الجامع.

وفي المنتقى رواية مجهولة: رجل اشترى من رجل عبدًا وقبضه ثم أقاله البائع ثم باعه من الذي هو في يده قبل أن يقبضه فالبيع باطل حتى يقبضه.

وذكر في السير الكبير: إذا أسر العدو [عبدًا لمسلم][(٣)] وأحرزوه بدارهم [فدخل مسلم دارهم][(٤)] واشترى العبد منهم وأخرجه إلى دار الإسلام فحضر المالك القديم وقضى القاضي بالعبد له بالثمن فلم يقبضه من [يد][(٥)] المشتري من العدو حتى باعه إن باعه من الذي في يديه يجوز، وإن باعه من غيره لا يجوز.

قال: وهو نظير ما إذا قضى القاضي برد العبد المشترى بالعيب على البائع فلم يقبضه البائع حتى باعه، فإن باعه من المشتري يجوز وإن باعه من غيره لا يجوز.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: كنا نقول: إذا تقايلا البائع والمشتري البيع

= الفقهاء (٤/ ١٩)، فتح الوهاب (١/ ١٦٩)، الحاوي (٥/ ٦٥)، روضة الطالبين (٣/ ١٠١)، المغني والشرح الكبير (٣/ ٢٠٤)، الإنصاف (٤/ ٣٧٣)، نيل الأوطار (٥/ ٢٠٨)، سبل السلام (٣/ ٤٤)، المحلى، (٩/ ٣٢٨)، الجامع الصغير، للسيوطي، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، ص (٣٤٣)، فتح العلام لشرح بلوغ المرام، القنوجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ص (٤٣٦).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: عبد المسلم.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

في العقد[١] فلم يقبضه البائع حتى باعه من المشتري يجوز ولو باعه من غيره لا يجوز، وكنا نظن[٢] في الرد بالعيب بعد القبض بقضاء أنه يجوز بيع البائع قبل القبض من المشتري ومن غيره؛ لأن الرد بقضاء فسخ من كل وجه وإعادة إلى المالك[٣] الأول، فيجوز البيع من المشتري ومن غيره.

وقد نص محمد - رحمه الله - هاهنا: أنه لا يجوز بيع البائع من غير المشتري ينظر في آخر باب قبل [باب][٤] أسر عبد المرتد، والله أعلم.

* * *

(١) في أ: العبد.
(٢) في م: نقول.
(٣) في م: الملك.
(٤) سقط في م.

الفصل الثاني
في الاختلاف الواقع في الإيجاب[1] والقبول[2]
و[في][3] الحوادث التي تمنع صحة قبول المشتري

(١) الإيجاب: هو ما ذكر أولًا من كلام أحد العاقدين الدال على الرضا.
ينظر: البحر الرائق (٥/ ٢٨٣).
وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية إلى أن الإيجاب هو ما يصدر عن البائع، والقبول هو ما يصدر عن المشتري.
قال الحنفية بأن: الإيجاب هو ما صدر أولًا من كلام أحد العاقدين، أو ما يقوم مقامه فنشأ العقد، والقبول هو ما صدر من المتعاقد الآخر بعد ذلك دالًا على الرضا بما تضمنه الإيجاب.
وقالوا أيضا: إن البيع على ضربين:
أحدهما: الإيجاب والقبول، فالإيجاب أن يقول: بعتك، أو ملكتك، أو لفظ يدل عليه، والقبول أن يقول: اشتريت، أو قبلت، ونحوهما.
والثانية: المعاطاة، مثل أن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزًا. فيقبض ما يرضيه.
غير أنهم اختلفوا في كون الإيجاب والقبول منحصرًا باللفظ وحده، بين مشترط لذلك معول على الإرادة الظاهرة، بحجة أن المعاني التي في النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ الدالة على ما في القلب، وبين مراع للإرادة الباطنه يعتبر كل ما يظهر أو يدل على رضا العاقدين من قول صريح، أو كناية، أو فعل وسائل كافية مقبولة للتعبير عن الإرادة وتكون العقد، إذ يقول صاحب فتح القدير: إن العبرة دائمًا بالنية لا بالصيغة، فيعدل بذلك عن الإرادة الظاهرة إلى الإرادة الباطنة. ونقل عنه في هذا الصدد: لا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراده به، وحينئذ فلا فرق بين: بعت، أو أبيع، في توقف الانعقاد على النية، ولذا فلا ينعقد بلفظ بعت هزلًا، واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال، أما إذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به؛ لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فتثبت بالنية.
ونرى أن الأصل في مسائل العبادات أن النية محلها القلب دون حاجة للتعبير عنها؛ لأن العبادة لله وحده، وهو المطلع على ما في نفس العابد، وعلمه بذلك مانع لما سواه، ولهذا لا ينبغي التلفظ بها إلا ما ورد من نصوص في الشريعة كنية الإحرام، والنية عند ذبح الأضحية والهدي، وكذا التكبير والتسبيح والتشهد وغير ذلك.
أما في مسائل المعاملات: فإن النية لا تكفي وحدها لإنتاج أثر شرعي في العقود وسائر الأعمال، بل لا بد من وجود دلالة عليها بالقول، أو الفعل.
وقد ذكر الحنفية: أنه لا تنعقد عقود البيع، أو الإقالة، أو الإجارة بالنية وحدها، بل لا بد من التعبير عنها بالقول، أو الفعل.
وقد قال الحطاب من المالكية: الركن الأول - في البيع-: هو الصيغة التي ينعقد بها البيع، وهو ما يدل على الرضا من البائع، ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري، ويسمى القبول.
وقال النووي من الشافعية: إنه يعتبر لصحة البيع أمور ثلاثة، الأول: الصيغة، وهي =

. . . .

= الإيجاب من جهة البائع، والقبول من جهة المشتري.

وذكر الشافعية أيضًا: أنه لا تعمل النية وحدها على انعقاد العقد، وأن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول.

وذكر الحنابلة: أن النية لا تكفي وحدها لإحداث الأثر الشرعي، بل لا بد من التعبير عنها بما يدل عليها، وفي هذا كلام جامع لشيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، حيث قال العلامة شيخ الإسلام ابن تيمية: والتحقق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقد العقد، فأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان ومقصودهما انعقد به العقد، وهذا عام في جميع العقود، فإن الشارع لم يحدَّ في ألفاظ العقود حدًّا، بل ذكرها مطلقة. فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من ألفاظ الفارسية والرومية وغيرهما من الألسن الأعجمية، فهي تنعقد بما يدل عليها من الألفاظ العربية، ولهذا وقع الطلاق والعتاق بكل لفظ يدل عليه، كذلك البيع وغيره.

ويقول ابن القيم الجوزية تحت عنوان «الألفاظ موضوعة للدلالة على ما في النفس»: «إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفًا ودلالة على ما في نفوسهم، إذا أراد أحدهم من الآخر شيئًا عرَّفه بمراده وما في نفسه بلفظ، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل، أو قول، ولا يدل على مجرد ألفاظ، مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علمًا، بل تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم به، وتجاوز للأمة عما تكلمت به مخطئة، أو ناسية، أو مكرهة، وغير عالمة به، إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به أو قاصدة إليه» ثم قال: «فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم، هذه قاعدة الشريعة وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته، فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الاختبار، فلو ترتب عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة، ورحمة الله وحكمته تأبى ذلك».

واشترط الفقهاء شروطًا لصيغة العقد كالآتي:

الشرط الأول: أن تكون الألفاظ واضحة الدلالة في لغة العاقدين، وظاهرة في الإبانة عن إرادتهما ورغبتهما في إتمام العقد؛ ولا يتعين لذلك ألفاظ محددة، بل المعول عليه هو وضوح دلالة اللفظ في عرف المتعاقدين على مقصودهما، وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «أي لفظ من الألفاظ، عرف به المتعاقدان مقصودهما، انعقد به العقد، وهذا عام في جميع العقود؛ فإن الشارع لم يحدَّ في ألفاظ العقود حدًّا، بل ذكرها مطلقة».

الشرط الثاني: أن يتفق القبول مع الإيجاب في جميع جزئياته، من الصفة، والقدر، والمدة. . . إلخ. فإن اختلف الإيجاب والقبول؛ بأن اشتمل أحدهما على جزئية ما، لم يشتمل عليها الآخر، انعدم التراضي.

الشرط الثالث: أن يتصل القبول بالإيجاب في مجلس العقد؛ لأن الإيجاب ينتهي ويبطل بانتهاء المجلس الذي صدر فيه؛ ومن ثم إذا صدر الإيجاب في مجلس والقبول في مجلس =

إذا أوجب البائع في شيئين أو ثلاثة وأراد المشتري أن يقبل أحدهما دون الآخر فهذا على وجهين:

إذا كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك، وإن كانت متفرقة فله ذلك، وهذا لأن الصفقة إذا كانت متحدة[(١)]، فالمشتري بقبول العقد في أحدهما يريد تفريق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع؛ لأن العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الرديء إلى الجيد في البياعات وينقصون شيئًا من ثمن الجيد لترويج الرديء بالجيد، ولو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما دون الآخر فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع، وكذلك لو قال: بعتك هذا العبد، فقال المشتري: قبلت في نصفه، لم يصح؛ لأن فيه ضرر [عيب][(٢)] الشركة، فالشركة في الأعيان عيب.

قال القدوري - رحمه الله -: إلا أن يرضى البائع في المجلس.

نحو أن يقول: بعتك هذا العبد بعشرة، فيقول المشتري: قبلت في نصفه[(٣)]، فيرضى به البائع، [أو يقول: بعتك هذين القفيزين بعشرة، فيقول المشتري: قبلت في أحدهما، فيرضى به البائع][(٤)]، ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف

= آخر، لم ينعقد العقد بذلك.
ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣)، فتح القدير (٥/ ٧٤) وما بعدها، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (٢٤، ٤٨) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٦)، البحر الرائق (٣/ ٩٠)، مواهب الجليل (٤/ ١٠١)، روضة الطالبين (٣/ ٣٣٦)، الأشباه والنظائر في المغني (٣/ ٥٦١) وما بعدها، إعلام الموقعين (٣/ ١٠٥)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٠/ ٥٣٣).

(٢) القبول: هو ما ذكر ثانيًا من كلام أحد العاقدين.
ينظر: البحر الرائق (٥/ ٢٨٣).

(٣) سقط في م.

(١) في م: واحدة.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: أحدهما.

(٤) سقط في أ.

إيجاب لا قبول، فإذا رضي به البائع في المجلس فيجوز.

قال: وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال في العبد(١) الواحد وفي القفيزين؛ لأن الثمن ينقسم عليهما باعتبار(٢) الأجزاء فيكون [حصة](٣) كل قفيز معلوما، فأما إذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة نحو أن أضاف العقد إلى عبدين أو ثوبين لم يصح العقد إذا قبل المشتري في أحدهما، وإن رضي البائع به؛ لأن القبول من المشتري لما جعل بمنزلة ابتداء إيجاب فإذا لم تكن حصة كل واحد منهما معلومة لو جاز البيع في ذلك(٤) كان هذا ابتداء عقد بالحصة وأنه لا يجوز.

ثم لابد من بيان اتحاد الصفقة وتفرقها فنقول: إذا اتحد البيع والشراء والثمن بأن ذكر الثمن جملة والبائع واحد والمشتري واحد فالصفقة متحدة قياسًا واستحسانًا، وكذلك لو تفرق الثمن بأن سمى لكل بعض من المبيع ثمنًا على حدة، واتحد الباقي بأن قال: بعتك هذه الأثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة، كانت الصفقة متحدة أيضًا.

وكذا إذا كان البائع أو المشتري اثنين والثمن ذكر جملة، بأن قال البائع لرجلين: بعت منكما بكذا، وقال المشتريان: اشترينا منك بكذا، كانت الصفقة متحدة، هذا هو الكلام في الاتحاد.

وأما الكلام في جانب التفرق فنقول: إن تفرقت التسمية بأن سمى لكل بعض ثمنا على حدة، وتكرر البيع أو الشراء والبائع والمشتري اثنان أو كان أحدهما اثنين، فالصفقة متفرقة، وكذلك إذا تفرق الثمن وتكرر البيع أو الشراء والبائع والمشتري

---

(١) في أ: العقد.
(٢) زاد في أ: القيمة الجزاء.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: الذي قبل.

واحد بأن قال البائع لرجل: بعت منك هذه [الأثواب][(١)] [بعتك هذا بعشرة، بعتك هذا[(٢)] بخمسة، أو قال المشتري: اشتريت منك هذه الأثواب][(٣)]، اشتريت هذا بعشرة، اشتريت هذا بخمسة، كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق.

فأما إذا تفرق الثمن إلا أنه لم يتكرر لفظ البيع والشراء واختلف العاقد بأن كان من أحد الجانبين اثنان، أو كان من كل جانب اثنان ذكر في بعض المواضع أنها صفقة واحدة.

وذكر في بعض المواضع أنهما صفقتان.

قيل: الأول: استحسان، والثاني: قياس.

وقيل: الأول قول أبي حنيفة - رحمه الله - والثاني قول صاحبيه.

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه الجملة في شرح الجامع.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح صلح المبسوط في باب اختلاف الشراء والصلح: إذا كان العبد[(٤)] بين رجلين فباعاه[(٥)] من رجل بألف ومائة على أن نصيب أحدهما مائة ونصيب الآخر ألف، وجعل الصفقة متفرقة؛ حتى قال: لو قبل المشتري البيع في نصيب أحدهما جاز.

وعلل فقال: لأن كل واحد منهما عين لنصيبه ثمنًا لا تقتضيه الصفقة الواحدة؛ [لأن الصفقة الواحدة][(٦)] تقتضي أن يكون الثمن بينهما نصفين[(٧)] على قدر ملكهما فإذا سميا على التفاوت فقد غيرا حكم الصفقة الواحدة وذكرا حكم صفقتين؛ فصارت الصفقة الواحدة في حكم صفقتين متفرقتين بخلاف ما إذا سميا الثمن على

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: هذه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: العقد.
(٥) في م: فباعه.
(٦) سقط في م.
(٧) في أ: نصفان.

المساواة بأن سمى كل واحد منهما لنصيبه خمسمائة وخمسين حيث تكون الصفقة متحدة؛ لأن كل واحد منهما سمى لنفسه مقدار ما تقتضيه الصفقة الواحدة؛ فيكون ذلك تقديرًا لموجب الصفقة الواحدة لا تغييرًا لها، وكانت[١] الصفقة متحدة حقيقة وحكمًا.

وينبني على اتحاد الصفقة وتفرقها[٢] ما إذا اشترى شيئين أو أشياء مختلفة أو شيئًا واحد، ونقد بعض الثمن وأراد أن يقبض بعض المبيع، فإن كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك، وإن كانت الصفقة متفرقة، فله ذلك.

بيان هذه الصورة فيما ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل اشترى من آخر عشرة أثواب يهودية، كل ثوب بعشرة دراهم ونقد المشتري[٣]، عشرة دراهم، وقال: هذه العشرة ثمن هذا الثوب، وأراد أن يقبض ذلك، ليس له ذلك؛ لأن الصفقة متحدة وفي الصفقة الواحدة ضم الرديء إلى الجيد، والحط عن بعض ثمن الجيد معتاد فيما بين الناس، فلو جاز لهم[٤] قبض أحدهما يقبض الجيد، ولا يتسارع إلى قبض الرديء، وربما يهلك الرديء قبل القبض، وينفسخ العقد فيه ويسلم للمشتري الجيد بأقل من ثمنه وفي ذلك ضرر على البائع.

وكذا[٥] لو أبرأ البائع المشتري عن ثمن أحد هذه الأثواب بعينه فقال المشتري: أنا آخذ ذلك الثوب، لم يكن له ذلك؛ اعتبارًا للبراءة الحاصلة [بالإبراء بالبراءة الحاصلة][٦] بالاستيفاء.

وكذلك لو أخر البائع عن المشتري ثمن ثوب بعينه شهرا، لم يكن له أن يقبض

---

(١) في م: فكانت.
(٢) في م: وتفريقها.
(٣) في م: الثمن.
(٤) في م: له.
(٥) في م: وكذلك.
(٦) سقط في م.

ذلك الثوب اعتبارًا للبراءة المؤقتة بالبراءة المؤبدة.

وكذلك لو أبرأ عن جميع الثمن إلا درهما.

وكذلك لو وقع الشراء على أن ثمن [ثوب منها][(١)] بعينه حال، وثمن الباقي مؤجل، لم يكن له أن يقبض شيئًا حتى ينقد الحال.

وكذلك لو كان الثمن مائة وللمشتري على البائع سبعون درهما فصار ذلك قصاصا بما وجب على المشتري، لم يملك المشتري[(٢)] الثياب[(٣)] حتى ينقد العشرة اعتبارا للبراءة الحاصلة بالمقاصة بالبراءة الحاصلة بالإيفاء باليد.

وكذلك إذا كان ثمن أحد الأثواب بعينه عشرة دنانير، وثمن الباقي مائة درهم، فنقد الدنانير أو نقد الدراهم، لم يقبض شيئًا منها.

❊ ❊ ❊

(١) في أ: الثوب فيهما.
(٢) زاد في م: من.
(٣) زاد في أ: من.

ومما يتصل بهذا[١] الفصل:

البائع إذا أوجب البيع ثم قام أحدهما إما البائع أو المشتري عن المجلس قبل قبول الآخر، بطل الإيجاب؛ حتى لو قبل المشتري بعد ذلك لا يصح البيع في باب الخلع من الأصل.

وذكر شيخ الإسلام في الباب الثالث من بيوع[٢] الجامع: إذا باع وهو قاعد، ثم قام البائع إلا أنه لم يذهب عن ذلك المكان حتى قبل المشتري، لا يصح قبوله.

ورأيت مكتوبًا على ظهر الجزء الثاني من شرح كتاب البيوع للشيخ الإمام أحمد الطواويسي - رحمه الله - أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد فمشيا مكانا، ثم قال المشتري: قبلت، فيه اختلاف المشايخ.

* * *

(١) زاد في أ: الوصف.
(٢) في أ: شرح.

ومما يتصل بهذه المسائل:

رجلان اشتريا من رجل عبدا بألف درهم، فغاب أحدهما وحضر الآخر، فليس له أن يقبض شيئًا من العبد ما لم ينقد الثمن جملة؛ لأن الصفقة متحدة، ولا يملك الحاضر تفريقها، فإن أوفى جميع الثمن، قبض العبد كله ولا يكون متطوعا، وإذا حضر الغائب، [ليس له أن يقبض حصته حتى يدفع إلى الحاضر ما نقده من حصته، وإذا فعل ذلك قبض نصيبه](١).

وإن هلك العبد في يد الذي قبضه قبل أن يحضر الغائب أو بعد ما حضر قبل أن يطلبه، هلك أمانة حتى رجع عليه بحصته.

فإن حضر الغائب فطلب نصيبه فمنعه حتى يستوفي ما نقد عنه، ثم هلك، [هلك](٢) بما نقد عنه بمنزلة المبيع(٣) في يد البائع، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - [أيضا](٤).

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يقال للحاضر: ليس لك أن تقبض شيئا من العبد حتى تنقد جميع الثمن، [فإذا نقدت جميع الثمن لم](٥) تقبض إلا نصيبك، وكنت متطوعا مع ذلك عن الشريك.

فوجه قول أبي يوسف - رحمه الله -: أن الغائب لم يرض بقبض الحاضر نصيبه؛ فلا يصح قبضه عليه وإنما يقبض نصيب نفسه إلا أنه لا يمكنه قبض نصيب نفسه ما لم ينقد جميع الثمن؛ لما قلنا، فإذا نقد جميع الثمن، ملك قبض نصيب نفسه؛ لأن البائع لما رضي بتسليم الكل عند تسليم جميع الثمن كان أرضى(٦) بتسليم النصف عند قبض جميع الثمن ويكون متبرعا؛ إذ لا يجيء للغائب بما أدى ملكا ولا

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: يهلك.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: ولم.
(٦) في أ: رضي.

يدا.

وجه قولهما: أن الحاضر محتاج إلى نصيبه، ولا يمكنه قبض نصيبه إلا بقبض الكل؛ لكيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع، ولا يمكنه قبض الكل إلا بأداء الكل، فصار مضطرا في أداء ما على الغائب، والمضطر لا يكون متبرعا، وكان بمنزلة الوكيل عن الغائب فإذا قبضه، كان أمانة في يده بمنزلة الوكيل وكان له حبسه بما أدى كالموكل[(١)].

وإذا هلك عنده بعد المنع، صار كالمبيع يهلك في ضمان البائع.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في النوازل: أنه يدفع نصف الثمن ويأخذ نصف المبيع؛ لأن المستحق عليه نصف الثمن، وقد أدى، ولو توقف حقه في قبض نصيبه لتوقف على أداء [ما على][(٢)] صاحبه، وحق الإنسان لا يتوقف على أداء ما على غيره.

ولو كان البائع أبرأ أحد المشتريين عن حصته من الثمن أو أخر عنه شهرًا، لم يكن له أن يقبض حصته من العبد حتى ينقد الآخر حصته من الثمن؛ لأن البراءة الحاصلة بالإقرار وبالتأخير لا تكون أعلى حالا من البراءة الحاصلة بالإيفاء، وهناك ليس له أن يقبض حصته من العبد ما لم [ينقد كل][(٣)] الثمن كذا هاهنا.

ولو أن المشتريين اشترى كل واحد منهما نصفه بخمسمائة؛ بأن قال كل واحد منهما للبائع: اشتريت منك نصف هذا العبد بخمسمائة، فقال البائع: بعت، ثم نقد أحدهما حصته، فله أن يقبض نصيبه من العبد؛ لأن الإيجاب وإن كان متحدًا والقبول[(٤)] متفرقًا فرجحنا التفرق بحكم تفرق التسمية.

وكذلك لو أن البائع أبرأ أحدهما عن حصته[(٥)] كان له قبض نصيبه، وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

---

(١) في م: كالوكيل.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: يوقف كل، وفي م: يوف.
(٤) في م: فالقول.
(٥) زاد في أ: أو أخر أحدهما عن حصته.

الفصل الثالث

في حبس المبيع بالثمن، وفي قبض المبيع بإذن البائع وبغير إذنه وفي نيابة أحد القبضين عن صاحبه، وفيما يلزم من المؤنة في تسليم المبيع، وتسليم الثمن

قال أصحابنا - رحمهم الله -: للبائع حق الحبس لاستيفاء الثمن إذا كان الثمن حالًا؛ لأن البائع عين حق المشتري في المبيع، فيجب على المشتري تعيين حق البائع في الثمن تحقيقا للتساوي بينهما، ثم تعيين النقود[1] بالقبض، فيجب تقديم القبض في الثمن تحقيقًا لحق البائع، حتى لو وقع البيع عينا بعين أو دينا بدين سلما معًا؛ إذ لا مزية لأحدهما على الآخر، وإن كان الثمن مؤجلا، لم يكن له حق

---

(١) النقود في اللغة: جمع نقد، وهو خلاف النَّسيئة - أي: التأخير- يقال: نقدت الثمن، أي: دفعته نقدا، فهو إعطاء الثمن معجلا، والنقْدُ والتَّنْقادُ: تمييزُ الدراهِم وإِخراجُ الزَّيْفِ منها. يقال: نَقَدَها ويَنْقُدُها نَقْدًا، وانتَقَدها وتَنَقَّدَها ونَقَدَه إِياها نَقْدًا: أي: أَعطاه إياها، فانتَقَدَها أي: قَبَضَها، والنقْدُ: تمييز الدراهِم وإعطاؤها إنسانًا، وأَخْذُها الانتقادُ، ونَقَدْتُه الدراهِمَ، ونقَدْتُ له الدراهم، وانتَقَدْتُها: إذا أَخْرَجْتَ منها الزَّيْفَ.

استخدم الفقهاء كلمة النقد بنفس الاستخدامات اللغوية، فكانت تطلق على النسيئة ومقابل العرض، وعلى قبض النقود، وعلى القطعة النقدية، فكانوا يطلقون على الدرهم والدينار النقدين أو الأثمان.

وقد اختلف الفقهاء في إطلاق لفظ النقد، هل يختص بالمضروب فقط من الذهب والفضة، أو أنه يشمل كذلك غير المضروب منهما؟.

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن النقد يطلق على الذهب والفضة، ويشمل كل أنواعهما مضروبًا كان، أو غير مضروب.

جاء في مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر: النقود جمع نقد، وهو عبارة عن الذهب والفضة، سواء كانا، مسكوكين، أو لم يكونا كذلك.

وذهب بعض الشافعية إلى أن النقد يطلق فقط على المضروب من الذهب والفضة.

والنقود أعم من الذهب والفضة فهي كل اسم يستعمل وسيطا للتبادل سواء كان من ذهب، أو فضة، أو نحاس، أو جلود، أو ورق، أو غير ذلك، إذا كان يلقى قبولا عاما.

ينظر: لسان العرب (٣/ ٤٢٥)، مختار الصحاح (١/ ٢٨١)، المبسوط، للسرخسي (١٤/ ٢)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ١١٧)، شرح مختصر خليل للخرشي (٦/ ٢٠٣)، مغني المحتاج (٢/ ٩٢)، حاشية الجمل (٣/ ٥١٣)، حاشية البجيرمي على المنهج (٣/ ١٤٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٠٨)، كشاف القناع (٦/ ١٣٢).

الحبس؛ لأن حق الحبس إنما يثبت للبائع تحقيقا للتسوية بينهما، وقد سقط حق البائع في المساواة بحكم التأجيل، فيسقط حقه في الحبس ضرورة.

ولو كان بعض الثمن حالا وبعضه مؤجلا فله حبسه حتى يستوفي الحال اعتبارا للبعض بالكل، ولو بقي له من الثمن شيء قليل كان له حبس جميع المبيع؛ لأن حق الحبس لا يتجزأ، ولو دفع بالثمن رهنا أو كفل به كفيل لم يسقط حق البائع؛ لأنه وثيقة، والوثيقة توجب تأكد الأجل[1]، وكان حق البائع في الثمن قائما قبل المشتري فبقي له حق الحبس.

ولو أحال المشتري البائع غريما من غرمائه على المشتري حوالةً مقيدة بالثمن يبطل حقه في الحبس. هكذا ذكر المسألة في الزيادات.

ووجه ذلك: أن سقوط حق البائع في الحبس معلق بسقوط حقه عن المطالبة بالثمن لا ببراءة المشتري عن الثمن، بدليل أن الثمن إذا كان مؤجلا سقط حق البائع في الحبس، وإن بقي الثمن في ذمة المشتري.

وإذا أحال المشتري البائع على غريم من غرمائه لم يسقط حق البائع عن المطالبة بالثمن، ولكن غير المشتري قائم مقام البائع في حق تحمل هذه المطالبة، فلهذا لا يسقط حق البائع في الحبس.

فإذا أحال البائع غريما من غرمائه على المشتري سقط حق البائع في المطالبة بالثمن ويسقط حقه في الحبس.

وفي القدوري: إذا أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان، أو[2] أحال البائع رجلا على المشتري، سقط حق البائع في الحبس في قول أبي يوسف - رحمه الله - وقال محمد - رحمه الله -: إذا أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان، لم يسقط حق البائع في الحبس، ولو أحال البائع رجلا عليه سقط حقه.

---

(١) في أ: الأصل.
(٢) في م: و.

وتبين بما ذكر القدوري - رحمه الله - ما ذكر في الزيادات قول محمد - رحمه الله -.

فأبو[(١)] يوسف نظر إلى جانب المشتري، وقال: ذمة المشتري قد برئت عن الثمن بالحوالة فيعتبر بما لو برئت بالأداء.

ومحمد - رحمه الله - نظر إلى [جانب][(٢)] البائع وقال: إن حق البائع إنما يثبت في الحبس ليتعين حقه في الثمن فما دام حقه في المطالبة قائمًا بقى[(٣)] حقه في الحبس، فإذا أحال البائع [رجلاً على المشتري فقد سقط حق البائع][(٤)] في المطالبة فيبطل [حق البائع][(٥)] في الحبس. فأما إن أحال المشتري البائع على رجل فحق المطالبة للبائع قائم، لكن المشتري أقام غيره مقام نفسه في حق تحمل المطالبة فلا يبطل حق البائع في الحبس.

وفي المنتقى رواية مجهولة: لو أحال البائع غريما من غرمائه على المشتري بالثمن، لم يسقط حق البائع في الحبس.

ولو كان الثمن مؤجلا فلم يقبض المشتري حتى حل الأجل، كان له [أن يقبضه][(٦)] قبل نقد الثمن وليس للبائع منعه؛ لأن حق البائع في الحبس سقط بالتأجيل، والساقط متلاش فلا[(٧)] يقبل العود.

ولو أجله [بالثمن][(٨)] سنة غير معينة فلم يحضر المشتري حتى مضت السنة فالأجل سنة، من حين يقبض المبيع في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وإن كان سنة

---

(١) في م: وأبي.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: يبقى.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: حقه.
(٦) في م: نقضه.
(٧) في م: لا.
(٨) سقط في م.

بعينها صار الثمن حالا.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: الثمن حال في الوجهين؛ لأن مطلق الأجل ينصرف إلى ما يلي العقد كمدة الإجارة واستوى المعين وغير المعين.

ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أن التأجيل إنما شرع نظرًا للمشتري لتتأخر عن[١] المطالبة بالثمن مع حصول الانتفاع[٢] بالمبيع والتصرف في المبيع في مدة الأجل ليؤدي الثمن عند[٣] مضي الأجل ويستفضل لنفسه شيئًا، وهذا المعنى إنما يحصل باعتبار الأجل من وقت القبض، فيجب اعتباره ما أمكن، وقد أمكن اعتباره إذا كانت السنة غير معينة، فأما إذا [كانت معينة فلا؛ لأنها إذا كانت معينة، فإذا][٤] فاتت وأثبتنا التأجيل في سنة أخرى كان هذا إثباتا للحكم في غير المحل الذي تناوله اللفظ، وهذا لا يجوز، بخلاف ما إذا لم تكن السنة غير معينة.

ولو كان في البيع خيار لهما أو لأحدهما والأجل مطلق فابتداؤه من حين يلزم العقد، وأما في خيار الرؤية فالأجل يعتبر من حين العقد لأن الأجل لتأخير[٥]

---

(١) في م: عن.

(٢) حق الانتفاع: هو الحق الذي يخول لصاحبه استعمال العين واستغلالها بالمنفعة دون الرقبة.
ومِلك المنفعة: هو الاختصاص الذي يكسب صاحبه الانتفاع بنفسه، ويكون له أن يأذن لغيره في الانتفاع بعوض وبغير عوض كملك المستأجر منفعة العين المستأجرة، أما حق الانتفاع فهو مجرد رخصة في الانتفاع بالعين جاءت نتيجة إذن عام أو خاص، كحق الانتفاع بالمنافع العامة كالمدارس والمصحات وغيرها، ومنها أن يأذن شخص لآخر بركوب سيارته، ومنها حق الانتفاع ببضع الزوجة؛ فالمأذون له بالانتفاع لا يعتبر مالكًا للمنفعة، ومن ثم لا يجوز له أن يملكها لغيره.
فحق المنفعة يختص بعنصرين من عناصر الملكية الثلاثة، الاستعمال والاستغلال، وقد يقتصر على الاستعمال فتسمى المنفعة بحق الاستعمال، وقد يقتصر الاستعمال على السكن، فيسمى ذلك بحق السكنى، ومن ثم يقترن عادة حق المنفعة بحق الاستعمال وحق السكنى.
ينظر: فتح القدير (٦/ ٢٤٩)، المنثور في القواعد (٣/ ٢٣٨)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٢٦)، شرح منتهى الإرادات (١/ ٣٩٢).

(٣) في م: عند.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: إنما يعتبر.

المطالبة إلى وقت مضي الأجل، وذلك إنما يكون في موضع يجب البدل لولا التأجيل، وذلك من وقت اللزوم(١) فأما خيار الرؤية لا يمنع وجوب الثمن فلا(٢) يوجبه المطالبة بالثمن، فاعتبر التأجيل من وقت تسلم(٣) المبيع، وهو أن يخلي بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل وكذا التسليم في جانب الثمن.

وقال الشافعي - رحمه الله -: التخلية ليست بقبض، والصحيح مذهبنا؛ لأن التسليم مستحق على البائع، وما يستحق على الإنسان يجب أن يكون له طريق الخروج عن(٤) عهدته بنفسه، ولو توقف ذلك على وجود الفعل من غيره وذلك الغير مختار في الفعل يبقى(٥) هو في عهدة الواجب.

وإذا اشترى حنطة بعينها وخلى البائع بينها وبين المشتري في بيت البائع، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: لا يصير المشتري قابضا حتى لو هلكت، هلكت من مال البائع، وعلى قول محمد - رحمه الله -: يصير المشتري قابضًا حتى لو هلكت هلكت من مال المشتري، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى خلًّا في دَن، وخلى البائع بين المشتري وبين الدن في بيت البائع وختم المشترى على الدن صار المشتري قابضًا للخل عند محمد - رحمه الله - خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله -.

وحاصل الخلاف يرجع إلى أن التخلية في بيت البائع هل هي صحيحة؟ فعند محمد - رحمه الله - صحيحة خلافًا [لأبي يوسف - رحمه الله -.

حجة محمد: أن التخلية من البائع قد صحت؛ لأن صحتها بإزالة البائع يده، وإن أزالها حين خلى بينه وبين الطعام لم يجب أن يصير قابضا، كما لو خلى في غير بيت

(١) في م: العقد.
(٢) في م: ولا.
(٣) في م: العقد وتسليم.
(٤) في م: على.
(٥) في أ: فبقى.

البائع][1].

ولأبي يوسف: أن[2] صحة التخلية بزوال يد البائع، ويده إن زالت حقيقة لم تزل من حيث الحكم؛ لأن البيت وما فيه في يد البائع حكمًا.

وكان الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - يقول في مسألة الدن[3]: المشتري يصير قابضًا إذا كان البائع أعار منه الدن، بمنزلة من اشترى [منه][4] حنطة وقال: كلها في غرائرك، ففعل، والمشتري حاضر، يصير قابضا.

وفي العيون: إذا اشترى من آخر حنطة في بيت، ودفع البائع المفتاح إلى المشتري، وقال: خليت بين الحنطة وبينك، فهذا قبض، ولو دفع المفتاح إليه ولم يقل: خليت بينها وبينك، فهذا ليس بقبض، [ولو قال: خذ، لا يكون قبضًا][5] ولو قال: خذه، فهو قبض إن كان يصل إلى أخذه ويراه، في أجناس الناطفي.

وفي فتاوى الفضلي: إذا قال لغيره: بعت منك هذه السلعة وسلمتها إليك، فقال ذلك الغير: قبلت، لم يكن هذا تسليما حتى يسلمه بعد البيع؛ لأن التسليم حكم البيع، فإنما يعتبر بعد تمام البيع، ولا خلاف أن بالتخلية يقع القبض إذا كان المعقود عليه بقربهما، فأما إذا كان ببعدهما ذكر الناطفي - رحمه الله - في أجناسه وهشام في نوادره فيما إذا باع من آخر دارًا والدار غائبة فقال البائع للمشتري: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبضتها، كان ذلك قبضا في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا كان يقدر على دخولها وإغلاقها كان قبضا.

قال في العيون: وكذلك في الهبة والصدقة.

وأشار الخصاف [في الحيل][6]: أن بالتخلية يقع القبض وإن كان المعقود عليه

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: إذ.
(٣) في أ: الدنان.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

ببعد عنهما.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: ذكر في النوازل أن الرجل إذا باع ضيعة، وخلى بينها وبين المشتري، إن كان[١] بقرب من الضيعة، يصير المشتري قابضًا، وإن كان[٢] ببعد عنها، لا يصير قابضا.

قال محمد - رحمه الله -: والناس عنها غافلون؛ فإنهم يشترون الضيعة في السواد ويقرون بالقبض والتسليم في المصر، وذلك مما لا يصح به إلا رواية[٣] شاذة عن أبي يوسف - رحمه الله - ولا يؤخذ بتلك الرواية ولا يعمل بها.

وفي فتاوى الفضلي: إذا باع دارًا من إنسان ببلدة أخرى، ولم يسلمها إليه إلا باللفظ، ثم امتنع المشتري عن تسليم الثمن، كان له ذلك؛ لأن التسليم إنما يجب عند قدرة البائع على تسليم المبيع، والبائع في هذه الصورة غير قادر على تسليم المبيع في الحال.

فهذه[٤] المسألة دليل على أن بالتخلية لا يقع القبض إذا كان المعقود عليه ببعد[٥] عن المتعاقدين.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله -: رجل اشترى من آخر سمكة، وهي مشدودة بخيط في الماء، فقبضها المشتري كذلك، ثم ناول الخيط البائع، وقال: احفظها، فجاءت سمكة فابتلعت[٦] المشدودة [فالتي ابتلعت المشدودة][٧] للممسك[٨] ليس للمشتري.

---

(١) في م: كانا.
(٢) في م: كانا.
(٣) في م: برواية.
(٤) في م: هذه.
(٥) في أ: يبعد.
(٦) في م: وابتلعت.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: للممسكة.

زاد في كتاب العلل فقال: التي ابتلعت المشدودة للبائع إذا كان البائع هو الذي مد الخيط وأخرجها؛ لأنه هو الذي صادها، وأما المشدودة فهي للمشتري، وإن كانت المشدودة هي الجائية، فهما جميعًا للمشتري، كان المشتري قبض المشدودة أو لم يقبضها؛ لأن الجائية كسب ملكه.

وإن كان المشتري لم يقبض المشدودة [وابتلعت الجائية المشدودة، فالمشتري بالخيار إذا أخرجت المشدودة][١] من بطنها التي ابتلعتها وقد أضرت بها وأثرت إن شاء أخذها وإن شاء ترك.

وفي كتاب العلل قال: إذا أخذ البائع الآكلة وسلم المشدودة إلى المشتري جاز، فإن عجز عن تسليم [الآكلة فقد عجز عن تسليم][٢] المبيع فيخير المشتري كما لو أبق العبد المشترى قبل القبض، وإن كان المشتري قبض السمكة المشدودة ثم قال للبائع: أمسكها [ليصيد بها][٣] فما كان من ذلك فهو للمشتري.

زاد في كتاب العلل: وإن مد للبائع[٤] الخيط وكان البائع كالعون له؛ لأن المشتري إنما ترك المشدودة ليصطاد بها فهو بمنزلة ما لو نصب شبكة ووقع صيد فقال لآخر: مد فم الشبكة، ففعل.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله -: رجل اشترى من آخر دارا بالكوفة وهما ببغداد، وقبض البائع الثمن ولم يسلم الدار، حتى خاصمه المشتري[٥] فيها، فإن القاضي يأمر بائع الدار أن يوكل وكيلا يشخص مع المشتري إلى الكوفة فيسلم الدار إليه ويأخذ المشتري كفيلا من البائع بنفسه ويوكل المشتري ها هنا وكيلا بخصومة البائع، ثم يخرج المشتري إلى الدار مع الوكيل ويكتب قاضي بغداد له إلى

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، م: ليصيدها.
(٤) في م: البائع.
(٥) زاد في أ: من آخر.

قاضي الكوفة بما استقر [عنده من أمرها] (١)، فإن كتب قاضي الكوفة إلى قاضي بغداد أن الوكيل لم يسلمه الدار يعني جحده الوكالة وادعاه لنفسه، حبس القاضي البائع في السجن ها هنا حتى يسلم وكيله الدار.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا باع دارا وسلمها إلى المشتري وفيها متاع قليل [للبائع](٢) لا يصح التسليم حتى يسلمها إليه فارغة؛ لأن يد البائع [قائمة وقيام يد البائع](٣) تمنع صحة التسليم، وإن أذن البائع للمشتري بقبض الدار والمتاع صح التسليم؛ لأن المتاع صار وديعة عند المشتري فزالت يد البائع عن الدار.

وكذلك إذا باع أرضًا فيها زرع للبائع وسلم الأرض(٤) إلى المشتري لا يصح

---

(١) في أ: أمره من عندها عنده من أمرها.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) وردت الأرض في اللغة على عدة معان هي: الأرض التي نحن عليها وهي إحدى كواكب المجموعة الشمسية، وترتيبها الثالث في فلكها حول الشمس وهي المراد هنا.

وترد على كل ما سفل وكان مقابلاً للسماء، كما يقال لأسفل قوائم الإبل، ففي المشهور أن قوائم الدابة يطلق عليها أرض، وقد سميت بذلك لانخفاضها عن جسم الدابة كأنها تلي الأرض.

وتأتي بمعنى: الرِعْدة والنِفْضة، يقال: بفلان أرض، أي: رِعْدة، ومنه قول ابن عباس - رضي الله عنهما-: «أزلزلت الأرض بي، أم بي أرض». يعني: الرِعْدة والدوار.

والأرض لفظ مؤنث، وكان حق المفرد المؤنث منها أن يقال: أرضة - بتاء التأنيث- إلا أنه لم يُسمع ذلك، وقد ورد في القرآن الكريم قوله - تعالى-: ﴿وَإِلَى ٱلْأَرْضِ كَيْفَ سُطِحَتْ﴾ [الغاشية: ٢٠] حيث جاء الفعل «سُطِحَتْ» بتاء التأنيث دلالة على تأنيث فاعله - لأنه يشترط مطابقة الفعل لفاعله في التذكير والتأنيث- إلا أن الأرض لم تأت بتاء التأنيث وذلك كثير في القرآن الكريم. والأرض اسم جنس، أو جمع بلا واحد، ولم تأت في القرآن الكريم مجموعة حتى عند ذكرها في مقابلة السماء، فإن السماء تُجمع على السماوات أما الأرض فإنها تبقى كما هي، وإذا جُمعت فإن لها عدة ألفاظ هي: أَرْضات - بفتح الهمزة وسكون الراء، وكذلك فتحها - لأنهم قد يجمعون المؤنث الذي ليست فيه هاء التأنيث بالألف والتاء، كما تجمع على أَرَضون - بفتح الهمزة والراء- وكذلك - سكون الراء - فيقال: أَرْضون، فجمعوا بالواو والنون، ولا يُجمع بهما إلا أن يكون الاسم منقوصًا.

لكنهم جعلوا الواو والنون عوضًا من حذفهم الألف والتاء، كما تجمع على أُرُوض - بضم الهمزة والراء- أما جمعها على الأراضي فهو على غير قياس.

وفي المصباح المنير، ولسان العرب العقار: هو كل ملك ثابت له أصل، كالدار، =

التسليم.

= والنخل، والعقار أيضًا هو الضيعة، والنخل، والأرض، ونحو ذلك.
ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (١/ ٨٠)، لسان العرب (١/ ٦١)، مادة (أرض)، الفائق، للزمخشري (١/ ٣٧)، النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (١/ ٣٩)، تاج العروس للزبيدي (٥/ ٣) (٨/ ٣٢٦)، المصباح المنير (٢/ ٤٢١)، لسان العرب (٤/ ٣٠٣٧)، مادة (عقر)، محيط المحيط، للأستاذ بطرس البستاني، نشر مكتبة لبنان، بيروت، ص (٧)، وص (٣٧٥)، شرح الأشموني على ألفية ابن مالك، لعلي بن محمد الأشموني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة النهضة المصرية، ط (١)، ١٩٥٥م (١/ ٧٣١).
ولم يرد في اصطلاح الفقهاء تعريف للأرض أو تحديد لها، إلا أنه من خلال تتبع كتبهم وما جاء فيها وقفت على مصطلح العقار، وعندما قاموا بتعريفه قالوا: - إنه الأرض مبنية كانت أو غير مبنية، ويظهر ذلك واضحًا من خلال نصوصهم الفقهية.
منها ما جاء في شرح فتح القدير: «يجوز وقف العقار، وهو الأرض، مبنية كانت، أو غير مبنية».
وفي حاشية الدسوقي: «العقار اسم للأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر».
وفي كفاية الأخيار عن الشفعة وما تثبت فيه: «تثبت في كل ما لا ينقل كالأرض، والربوع».
وفي المبدع: «تجب الشفعة في العقار، والمراد به الأرض، دون الغراس والبناء»، إلى غير ذلك من النصوص.
ولذلك فإن الأرض تندرج تحت مسمى العقار، وعليه يمكن القول بأن الأرض يطلق عليها في الاصطلاح الفقهي لفظ العقار، وتعريفه كما جاء في محيط المحيط: هو كل ملك ثابت له أصل، أي: غير منقول كالدار. وهو شرعًا: العرصة، مبنية كانت أو لا.
ويظهر من خلال هذه التعريفات شمول التعريف اللغوي للأرض وغيرها من الأشياء الثابتة من كل ما له أصل، ولذا يمكن القول: إن كل أرض عقار، وليس كل عقار أرضًا، فبينهما إذن علاقة عموم وخصوص.
وقد ورد في بعض الكتب الفقهية استعمال لفظ غير المنقول مرادفًا للفظ العقار، ولذا يمكن - أيضًا - القول: إن الأرض تندرج تحت مدلول لفظ غير المنقول، وهذا ما ورد في بعض كتب الفقهاء فقد نُقل عن الشفعة وما تثبت فيه «تثبت في كل ما لا ينقل كالأرض والربوع». وكذا قولهم في صفة القبض في الرهن: «وما كان مما لا ينقل كالدور والأرضين أُطلقت يده على قبضه».
وبصفة عامة نقول: إن الأرض تندرج تحت مدلول لفظ العقار أو الأموال غير المنقولة، والفرق بين المنقول وغيره راجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها، فإذا كانت بطبيعتها تقبل النقل فهي من المنقولات.
ينظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام (٥/ ٤٢٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٧٩)، كفاية الأخيار، للحصني (٢/ ١٨٤)، المبدع، لابن مفلح (٥/ ٢٠٥)، المحلى، لابن حزم (٨/ ٨٩).

ذكر محمد في السير الكبير: إذا ولى الإمام رجلا ببيع الغنائم فجعل ذلك الأرماك في حظيرة وباع رمكة منها رجلا وقال للمشتري: ادخل الحظيرة واقبض الرمكة قد خليت بينك وبينها، فدخل الحظيرة ليقبض الرمكة فعالجها فانفلتت منه وخرجت من باب الحظيرة وذهبت ولا يدري أين ذهبت، ينظر في ذلك. فإن كان المشتري لا يقدر على أخذها فالهلاك على البائع؛ لأن المشتري لم يصر قابضًا لها حقيقة وهذا ظاهر، ولا حكما لأنه لم يتمكن من قبضها إذا كان لا يقدر على أخذها. وإن كان المشتري يقدر على أخذها فالهلاك على المشتري؛ لأنه صار قابضًا لها حكما؛ لأن في هذا الوجه يستوي الجواب بين ما إذا كان المشتري يقدر على أخذها من غير كلفة ومشقة، وبين ما إذا كان يقدر على أخذها بكلفة ومشقة، ففي الحالين جميعًا يصير قابضًا [لها](١) بالتخلية؛ ولأن العبرة في هذا الباب للتمكن من القبض لا غير؛ ألا ترى أن من اشترى من آخر صبرة عظيمة(٢) مشارا إليها وخلى البائع بينها وبين المشتري يصير المشتري قابضًا لها وإن كان لا يقدر على قبضها إلا بكلفة ومشقة.

وإن كان المشتري لا يقدر على أخذها وحده ولكن يقدر على أخذها لو كان معه أعوان وله فرس، ينظر: إن كان الأعوان أو الفرس معه يصير قابضا، وإن لم يكن الأعوان أو الفرس معه لا يصير قابضًا.

وإن كانت الرمكة في يد البائع وهو ممسك لها فقال للمشتري: هاك(٣) الرمكة، فأثبت المشتري يده عليها أيضًا حتى صارت الرمكة في أيديهما والبائع يقول للمشتري: خليت بينك وبينها وأنا لا أمسكها منعا لها منك وإنما أمسكها حتى تضبطها، فانفلتت من أيديهما، فالهلاك على المشتري؛ لأن المشتري قابض لنصفها حقيقة. ولنصفها حكما لتمكنه منه؛ لأن البائع لا يمنعه من ذلك.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: حنطة.
(٣) في م: هناك.

فإن قيل: الرمكة في يد البائع حقيقة، وقيام يد البائع عليها يمنع ثبوت يد غيره عليها.

قلنا: قيام يد الإنسان على المحل تمنع ثبوت يد غيره [عليه][١] على طريق المنازعة والمقاتلة لا على طريق التمكين إياه، ويد البائع ثابتة على الرمكة على طريق تمكين المشتري وإعانته إياه على تقرير يده فلا يمنع ذلك صحة قبض المشتري.

وإن كانت الرمكة في يد البائع ولم تصل إليها يد المشتري فقال البائع للمشتري: قد خليت بينها وبينك فاقبضها فإني أمسكتها لك، فانفلتت من يد البائع قبل أن يقبض المشتري وهو يقدر على أخذها من يد البائع وضبطها، فإن[٢] الهلاك على البائع. بخلاف ما إذا كانت الرمكة في أيديهما والبائع لا يمنعها من المشتري فانفلتت، فإن هناك الهلاك على المشتري.

والفرق: أن المشتري لا يصير قابضًا المشترى ما لم يزل قبض البائع، ومتى كانت الرمكة في أيديهما والبائع لا يمنعه فقد زال قبض البائع حكما؛ لأن يد المشتري ثابتة على أحد النصفين حقيقة وعلى النصف الآخر حكما لما مر، ويد البائع ثابتة على أحد النصفين لا غير، فكان قبض البائع [دون قبض المشتري فيرتفع بقبض المشتري.

فإذا[٣] كانت الرمكة كلها في يد البائع لم يزل قبض البائع حكما؛ لأن جميع الرمكة في يد البائع حقيقة، ويد المشتري ثابتة عليها حكما إذا كان لا يمنعها البائع عن المشتري فكان قبض المشتري دون قبض البائع ولا يرتفع به قبض البائع، ومع قيام قبض البائع][٤] لا يعتبر قبض المشتري. وبخلاف ما إذا لم تكن الرمكة في يد

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: كان.
(٣) في أ: فأما إذا.
(٤) بدل ما بين المعقوفين في م: حكما؛ لأن جميع الرمكة في يد البائع حقيقة، ويد المشتري ثابتة عليها حكما إذا كان لا يمنعها البائع عن المشتري وكان قبض المشتري دون قبض البائع فلا يرتفع به قبض البائع.

البائع ولا في يد المشتري وهي تقرب من البائع والمشتري بحيث لو أراد المشتري قبضها أمكنه ذلك، فقال البائع للمشتري: خليت بينك وبينها، فانفلتت، في هذه الحالة كان الهلاك على المشتري؛ لأن الثابت لكل واحد منهما، أعني البائع والمشتري في هذه الصورة التمكن [من][1] القبض الحقيقي فكانت يد كل واحد منهما مثل يد صاحبه فجاز أن تزول يد البائع بيد المشتري.

فإن كانت الرمكة تبعد من المشتري والبائع فقال البائع للمشتري: خليت بينك وبينها، فهذا لا يكون قبضا، وقد مر هذا في فصل الضيعة والدار.

وسئل شمس الإسلام محمود الأوزجندي - رحمه الله - عن فرس بين اثنين وهو في المرعى باع أحدهما نصيبه من صاحبه، وقال للمشتري: اذهب واقبضه، فهلك الفرس قبل أن يذهب المشتري إليه، قال: الهلاك عليهما؛ لأن المشتري لم يقبض المشترى لا حقيقة ولا حكما فكان الهلاك عليهما.

وقعت في زماننا: أن رجلا اشترى بقرة من رجل وهي في غير المرعى فقال له البائع: اذهب واقبض البقرة، فأفتى بعض مشايخنا: أن البقرة إن كانت برأي العين بحيث [يمكن الإشارة إليها فهذا قبض، وما لا فلا، وهذا الجواب ليس بصحيح، والصحيح أن البقرة إن كانت بحيث يتمكن المشتري من قبضها لو أراد، فهو قابض لها، دليل مسألة الرمكة التي ذكرناها][2].

ولو كان المشتري اشترى الأرماك كلها في الحظيرة، وخلى البائع بينها وبين المشتري، والأرماك بحيث لا تقدر على الخروج إلا بفتح الباب، ففتح المشتري باب الحظيرة ليدخل [فانفلتت][3] بعض الأرماك[4] وخرجت من الحظيرة وذهبت،

---

(١) سقط في م.
(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: يتمكن المشتري من قبضها لو أراد فهو قابض لها، ودليل مسألة الرمكة التي ذكرنها.
(٣) في م: فدخل يأخذ.
(٤) زاد في م: فغلبه الرماك.

فالهلاك على المشتري والثمن لازم، سواء كان المشتري يقدر على أخذها لو دخل الحظيرة أو لا يقدر، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان المشتري يقدر على قبضها لو دخل الحظيرة؛ لأن المشتري صار قابضًا لها بالتمكن[١] من قبضها، ومشكل فيما إذا كان لا يقدر على قبضها لو دخل الحظيرة؛ لأن المشتري لم يقبضها لا حقيقة باليد، ولا حكما بالتمكن من القبض، وينبغي أن يكون الهلاك في هذه الصورة على البائع.

ألا ترى أنه لو فتح غير المشتري الباب وكان المشتري لا يقدر على أخذ الأرماك، لو[٢] دخل الحظيرة فانفلتت الرمكة وذهبت، لا يكون الهلاك على المشتري؛ لأن المشتري لم يصر قابضًا لها [لما لم يكن متمكنا من قبضها.

والجواب: أن الجواب صحيح في الوجهين؛ لأن المشتري إذا كان لا يقدر على قبض الرماك. إن كان لا يصير قابضا لها][٣] بالتمكن من القبض يصير قابضا لها بالإتلاف، والقبض كما [يتحقق][٤] من المشتري بالتمكن من القبض يتحقق منه بإتلاف المشترى.

ألا ترى أن من اشترى عبدا والعبد ببعد منه بحيث لا يتمكن من قبضه [لو أراد قبضه][٥] فأعتقه، يصير قابضا له حتى يتأكد عليه [الثمن][٦]، وما صار قابضا لتمكنه من القبض؛ لأن العبد ببعد منه، وإنما صار قابضا بالإتلاف كذا ها هنا.

وبيان الإتلاف: أن فتح الباب سبب لخروج الرمكة وإتلافها فقام مقام مباشرة الإخراج والإتلاف، وخرج على هذا ما إذا كان فاتح الباب غير المشتري.

ولا يلزم أبا حنيفة وأبا يوسف ما إذا فتح الرجل باب قفص إنسان أو باب اصطبل

---

(١) في م: لما تمكن.
(٢) في م: و.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

لإنسان فطار الطير أو خرجت الدابة من فوره ذلك، فإنه لا يضمن الفاتح عندهما، مع أنه سبب لإخراج الدابة والطير بفتح الباب؛ لأن هناك لو ضمن الفاتح إنما يضمن ضمان غصب؛ لأنه لم يوجد منه عقد ضمان في حق الطير والدابة.

والمشتري في فصل الرمكة لو ضمن بفتح الباب ضمن ضمان عقد؛ لأنه وجد منه عقد الضمان في حق الرمكة، وقد جرى في ضمان العقد من السهولة ما لم يجر في ضمان الغصب؛ ألا ترى أن المشتري يصير قابضا بحكم العقد ضامنا بالتمكن من قبض ما اشترى، ولا يثبت الغصب بمجرد التمكن[(١)] من القبض، فكذا هاهنا.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فهبت الريح بالباب وفتح الباب فطار الطير، لا يصح التسليم، وإن فتح المشتري الباب وطار الطير صح التسليم، وهذا الجواب ليس بصحيح، وإنما الصحيح من الجواب أن المشتري إذا كان بحال يمكنه قبض المشترى بيده من غير عون أو مع عون [إلا أن][(٢)] الأعوان معه يصير قابضا، حتى لو انفتح الباب وطار الطير ذهب من مال المشتري سواء انفتح الباب بفتح المشتري أو بهبوب الريح أو بفعل أجنبي، وإن كان بحال لا يمكنه الأخذ أصلا وكان يمكنه بعون إلا أن الأعوان ليسوا معه، فإن انفتح الباب بفتح المشتري وذهب الطير ذهب من مال المشتري، وإن انفتح بهبوب الريح أو بفتح الأجنبي ذهب من مال البائع بدليل مسألة الشراء.

اشترى من آخر دهنا معينا ودفع إليه قارورة ليزنه فيها، فوزنه بحضرة المشتري صار المشتري قابضا، وإن كان في دكان البائع أو بيته؛ لأن وزن البائع هاهنا منقول إلى المشتري لأن الأمر به قد صح، [وإن][(٣)] وزن بغيبة المشتري ذكر بعض المتقدمين في شرح الجامع [الصغير][(٤)] أن المشتري لا يصير قابضًا، والصحيح أنه

(١) في م: بالثمن.
(٢) في م: لأن.
(٣) في م: وإلى.
(٤) سقط في م.

يصير قابضًا لما ذكرنا.

ولو أن البائع صب فيها رطلاً فانكسرت وهما لا يعلمان، فما صب قبل الانكسار يهلك على المشتري، وما صب بعد الانكسار يهلك على البائع، وإن بقي في القارورة شيء بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار فصب البائع في القارورة رطلا حتى خرج الكل من القارورة، فالبائع يصير ضامنا [للمشتري][1] مثل ما بقي في القارورة بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار.

وإن دفع المشتري القارورة منكسرة إلى البائع ولم يعلما بذلك فصب فيه بأمر المشتري، فذلك كله على المشتري.

ولو كان المشتري أمسك القارورة بنفسه ولم يدفعها إلى البائع والمسألة بحالها، كان الهلاك في جميع ما ذكرنا على المشتري.

وفي المنتقى: لو دفع القارورة إلى البائع منكسرة ولا يعلم به المشتري والبائع يعلم وكال فيه فتلف، فالبائع متلف ولا شيء له على المشتري، فإن علم به المشتري ولم يعلم به البائع، أو[2] كانا يعلمان فكال له فيه فالمشتري قابض له.

قال هشام في نوادره: سألت محمدا - رحمه الله - عن رجل اشترى من آخر شيئًا وأمره أن يجعله في وعاء [للمشتري][3] فجعله فيه ليزنه عليه وانكسر الإناء وتوى ما فيه، فهو من مال البائع؛ لأنه إنما جعله في إناء المشتري ليزنه فيعلم وزنه [لا للتسليم إلى المشتري، فإن وزنه][4] ثم [انكسر الإناء، فهو من مال البائع أيضًا، وإن وزنه في شيء للبائع ثم جعله في إناء المشتري ثم][5] انكسر الإناء، فهو من مال المشتري.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: و.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في م.

ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المأذون: إذا اشترى من رجل عشرة أرطال زيت بدرهم وأمره [أن][١] يكيلها في قارورة جاء بها وكال البائع الزيت في القارورة فسال الزيت كله من القارورة، فهذا على وجهين:

إما أن تكون القارورة صحيحة حين أمر المشتري البائع بالصب فيها، ثم انكسرت بعد ما صب البائع فيها رطلا، ثم صب التسعة أرطال بعدما انكسرت فسال وهما لا يعلمان بذلك أو يعلمان بذلك، وهذا الوجه ينقسم قسمين:

إما أن يكون المشتري دفع القارورة إلى البائع وأمره بأن يصب فيها، أو لم يدفع القارورة [إلى البائع لكن أمسكها بيده حتى صب البائع فيها الزيت فسال، فإن كانت القارورة][٢] مدفوعة إلى البائع وهي صحيحة وكال فيها رطلا من الزيت ثم انكسرت فسال الباقي وهما لا يعلمان بذلك، فإن الرطل الأول يهلك على المشتري ويتأكد عليه حصته من الثمن، والتسعة أرطال التي صب فيها البائع بعد الانكسار تهلك على البائع ولا يجب على المشتري حصة ذلك من الثمن، سواء كان المشتري حرًّا أو مأذونا، وذلك لأن البائع فيما كال من الرطل الأول فيها ممتثل أمر المشتري فيصير المشتري قابضا، فأما التسعة أرطال الباقي إنما صبت في القارورة بعد أمر المشتري، فلا يصير المشتري به قابضا فيكون الهلاك على البائع، وإنما قلنا ذلك[٣] لأن القارورة كانت صحيحة وقت الأمر بالصب، والأمر من المشتري بصب الدهن أمر بالتحصين؛ لأن القارورة تستمسك الزيت، وليس بالاستهلاك، وصب الرطل الأول في القارورة كان صب تحصين؛ لأنه صب فيها وهي[٤] صحيحة، وصب الباقي من الأرطال فيها استهلاك للزيت وليس بتحصين، فكان البائع في صب الرطل الأول ممتثلا [أمر المشتري فكان بأمر المشتري فصار قابضا، وفي صب الرطل الأول

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في أ: وذلك.
(٤) في أ، م: والقارورة.

ممتثلا أمر المشتري فكان بأمر المشتري فصار قابضًا، وفي صب الباقي مخالفًا أمر][١] المشتري فلا يصير المشتري به قابضًا سواء كان المشتري حرًّا أو عبدا، ويستوي في ذلك علمهما بذلك وجهلهما[٢]، وإن كان الانكسار عزلا لفوات المأمور به وهو التحصين، والعزل لا يصح إذا كان المأمور به جاهلا بالعزل؛ لأن العزل إنما يصح حال جهل المأمور به إذا كان قصديًّا، فأما إذا كان حكميًّا فإنه يصح حالة الجهل أيضًا، كما لو باع الوكيل[٣] العبد الموكل ببيعه أو أعتق أو مات[٤] أو جن، وهاهنا لو انعزل بعد انكسار القارورة فإنما ينعزل لفوات المأمور به لا بعزل الموكل، فكان حكما لانكسار القارورة لا قصدا فيصح، علم المأمور به أو لم يعلم.

فأما إذا كان المشتري ممسكا[٥] بيده وباقي المسألة بحالها لم يذكر محمد - رحمه الله - جواب هذا الفصل في الباب.

قال شيخ الإسلام خواهر زادة - رحمه الله -: وقد حكى حواراني عن أستاذه الكبير أبي بكر البلخي: أنه يكون الهلاك على المشتري حرا كان المشتري أو مأذونا.

وكان يقول[٦]: القارورة متى كانت في يد المشتري وثبت من المشتري أمر مبتدأ كل ساعة بالصب فيها من حيث المعنى، وذلك لأن البائع إنما يصب فيها بتمكين المشتري فيكون معينا له على الصب فيها فيجعل ذلك [منه][٧] بمنزلة أمر مبتدأ بالصب يوجد من المشتري بعد الكسر، ولو وجد منه أمر جديد بالصب والقارورة مكسورة، فإن الهلاك يكون على المشتري سواء كان المشتري حرًا أو عبدًا.

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: أمر.
(٣) في أ، م: الموكل.
(٤) زاد في م: الآمر.
(٥) في م: يمسكها.
(٦) زاد في م: في.
(٧) سقط في م.

وهذا الجواب مشكل في العبد؛ لأنا وإن أثبتنا منه أمرا مبتدءا بالصب فيما بعد كسر القارورة إلا أن هذا الأمر منه لا يصح؛ لأنه أمر بالاستهلاك.

ألا ترى لو كان المشترى عبدًا فأمر البائع بقتله، فإنه لا يصير قابضًا، وذلك لأن المشتري إن لم يصر قابضا بهذا السبب وهو الأمر بالاستهلاك، ولكن القارورة متى كانت في يد المشتري فالدهن في يد المشتري، [ثم يسيل بعدما حصل][(١)] في يده[(٢)] فيصير به قابضا، وقبض المأذون باليد يصح إن كان لا يصح قبضه بالأمر بالاستهلاك، فلهذا سوينا بين الحر والمأذون.

بخلاف ما لو لم تكن القارورة في يد المشتري، حيث لا يصير المأذون قابضًا؛ لأن الدهن لم يحصل في يد المشتري حتى يصير قابضًا باليد، ولو صار قابضًا إنما يصير قابضا بالأمر بالاستهلاك، وبهذا لا يصير المأذون قابضًا، هكذا كان يقوله الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله -.

هذا إذا كانت القارورة [غير مكسورة وقت الأمر.

فإن كانت][(٣)] مكسورة وقت الأمر بالصب فيها، فصب فيها البائع العشرة أرطال كلها وسال، فهذا على وجهين:

إما أن كانا لا يعلمان بانكسار القارورة وقت الأمر، أو كانا يعلمان، وكانت القارورة مدفوعة إلى البائع، أو كانت في يد المشتري يمسكها، والمشتري للزيت حرا أو مأذونا، فإن كانا لا يعلمان، ذكر أن الهلاك يكون على المشتري ويصير المشتري قابضًا ويتأكد عليه جميع الثمن، سواء كان المشتري حرًّا أم عبدًا.

وهذا الجواب الذي ذكر لا يشكل إذا كان المشتري [حرًا؛ لأن المشتري][(٤)] متى كان حرًا والقارورة مكسورة وقت الأمر بصب الزيت فيها، كان هذا من المشتري

---

(١) في أ، م: فالدهن يحصل.
(٢) في أ: يد المشتري.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

أمرًا بالتضييع والاستهلاك، ولم يكن أمرًا بالتحصين؛ لأن التحصين لا يتحقق متى كانت القارورة مكسورة، ويكون هذا من المشتري أمرًا بالاستهلاك، والمشتري متى أمر البائع باستهلاك المبيع والمشتري حر يصح أمره ويصير استهلاك البائع كاستهلاك المشتري.

ألا ترى لو كان المشتري حيوانا فأمر المشتري البائع بقتله فقتل صار المشتري قابضًا، وكذا لو أمره بالإعتاق وأعتق صار المشتري قابضا، فكذلك هذا.

بخلاف ما لو كانت القارورة صحيحة وقت الأمر بالصب؛ لأن الأمر من المشتري بالصب أمر تحصين لا أمر استهلاك، والتحصين وجد في الرطل الأول.

وأما في الثاني فالصب استهلاك وليس بتحصين، والمشتري لم يأمر البائع بالاستهلاك وإنما أمره بالتحصين، وإنما يشكل الجواب إذا كان المشتري عبدًا؛ لأن أمر العبد أمر بالاستهلاك والتضييع، والمأذون لا يملك الأمر للبائع بالاستهلاك، وإذا لم يصح أمره لا يمكن أن يجعل استهلاك البائع منقولًا إليه، ولا يصير العبد به قابضًا.

إلا أن الجواب عن هذا أن يقال: بأن هذا من المأذون أمر بالتحصين من وجه وأمر بالاستهلاك من وجه، من حيث إنه لا يعلم بانكسار القارورة فيكون أمر تحصين، ومن حيث إن القارورة مكسورة لا يتحقق التحصين بالصب فيها يكون أمر استهلاك، فقد اجتمع ما يوجب أن يكون هذا أمر تحصين وما يكون أمرا بالاستهلاك، فعمل بالأمرين جميعًا فاعتبره أمر تحصين إذا كانا لا يعلمان، فيجعل العبد به قابضا، وجعله أمرا بتضييع متى كانا يعلمان، حتى لا يصير المشتري [له قابضا][1] توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان في حالين مختلفين لما تعذر العمل بهما في ساعة واحدة، كما في [الهبة][2] بشرط العوض.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.

[هذا][(١)] إذا كانا لا يعلمان بالكسر والقارورة في يد البائع وقد أمره [المشتري][(٢)] بالصب فيها، فإن المشتري إذا كان حرًّا يصير المشتري قابضا للدهن ويكون الهلاك عليه، فإن كان المشتري مأذونا لا يصير به قابضا ولا يكون الهلاك عليه؛ لأن هذا من المشتري أمر بالاستهلاك، والمشتري بالأمر بالاستهلاك يصير قابضًا إذا كان حرًّا؛ لأن الأمر بالاستهلاك من الحر صحيح لما مر، فأما من العبد لا يصح حالة العلم ولا يصير قابضًا، وهذا إذا كانت القارورة مدفوعة إلى البائع.

وإن كانت غير مدفوعة ويمسكها المشتري بيده، يصير المشتري قابضا سواء كان المشتري حرا أم عبدا؛ لأن المشترى وقع في يد المشتري فيصير المشتري بذلك قابضا سواء كان المشتري حرا أو مأذونا؛ لأن القبض باليد منهما صحيح، فإنما يفترقان في حق الأمر بالاستهلاك إذا كانت في يد البائع، إن كان المشتري حرا يصير قابضًا ويكون الهلاك على المشتري، وإن كان المشتري عبدا فإنه لا يصير قابضًا ويكون الهلاك على البائع؛ لأن هذا من المأذون أمر باستهلاك المبيع من كل وجه وإنه غير صحيح، فلا يصير المأذون قابضًا ولا يصيرا استهلاك البائع كاستهلاكه.

فإذا[(٣)] كانت القارورة صحيحة وقد صب البائع فيها رطلا ثم انكسر فصب فيها الباقي؛ لأنه بقي من الرطل الأول شيء في القارورة حين صب البائع فيها الباقي؛ فإنه يتأكد على المشتري في حصة الرطل الأول فيضمن ما بقي من الرطل الأول للمشتري؛ لأن ما بقي من الرطل الأول زيت المشتري، وقد خلط البائع ذلك بزيته بغير أمره؛ لأن المشتري لم يأمره أن يخلط زيت البائع بزيت نفسه، فصار الخلط من البائع للرطل حاصلا بغير إذن المشتري، فصار البائع مستهلكا لما بقي من الرطل الأول من زيت المشتري فيصير ضامنا إن كان الباقي [نصف رطل يضمن نصف

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: فإن.

رطل، وإن كان الباقي][1] ثلثا أو ربعا يضمن ذلك.

اشترى من آخر دهنا معينا ودفع إليه قارورة ليزنه فيها فوزنه بحضرة المشتري، صار المشتري قابضًا وإن كان في دكان البائع أو بيته؛ لأن وزن البائع هاهنا منقول إلى المشتري لأن الأمر به قد صح.

وإن وزن بغيبة المشتري. ذكر بعض المتقدمين في شرح الجامع الصغير: أن المشتري لا يصير قابضًا[2] لما ذكرنا.

ولو أن البائع حين صب فيها رطلًا انكسرت وهما[3] لا يعلمان، فما صب قبل الانكسار يهلك على المشتري، وما صب بعد الانكسار يهلك على البائع، وإن بقي في القارورة شيء بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار فصب البائع في القارورة رطلا حتى خرج الكل من القارورة، فالبائع يصير ضامنا للمشتري مثل ما بقي في القارورة بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار، وإن دفع المشتري القارورة منكسرة إلى البائع ولم يعلما بذلك فصب فيها بأمر المشتري، فذلك كله على المشتري، ولو كان المشتري أمسك القارورة بنفسه ولم يدفعها إلى البائع والمسألة بحالها، كان الهلاك في جميع ما ذكرنا على المشتري.

وفي المنتقى: لو دفع القارورة إلى البائع منكسرة ولا يعلم به المشتري، والبائع يعلم وكاله فيه فتلف، فالبائع متلف ولا شيء له على المشتري، وإن علم به المشتري ولم يعلم به البائع، أو كانا يعلمان فكاله فيها، فالمشتري قابض.

قال هشام في نوادره: سألت محمدًا - رحمه الله - عن رجل اشترى من آخر [شيئًا][4] وأمره المشتري أن يجعله في وعاء للمشتري فجعله فيه ليزنه فانكسر

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: والصحيح لا يصير قابضا.
(٣) في م: ههنا.
(٤) سقط في م.

الوعاء[١] وتوى ما فيه، فهو من مال البائع؛ لأنه إنما جعله في إناء المشتري ليزنه فيعلم وزنه لا للتسليم إلى المشتري، فإن وزنه ثم انكسر الإناء فهو من مال المشتري[٢].

وفي مجموع النوازل: إذا اشترى من قروي وعاء ثريد وأمره أن يذهب به إلى [منزله][٣] فسقط في الطريق فهلك، فالهلاك على البائع [إن][٤] لم يقبضه المشتري.

رجل باع من آخر ثوبًا وأمره أن يقبضه فلم يقبضه حتى أخذه[٥] إنسان[٦]، فإن كان حين أمره البائع بالقبض أمكنه القبض من غير قيام يصح التسليم، وإن كان لا يمكنه القبض إلا بقيام لا يصح التسليم.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -، وفيها أيضًا: إذا اشترى من آخر دابة والبائع راكبها، فقال له المشتري: احملني معك، فحمله معه فهلكت الدابة، هلكت من مال المشتري؛ لأن ركوب المشتري قبض منه.

وقيل: إن كان المشتري [ركب على السرج][٧] والبائع رديفه يصير قابضًا، وما لا فلا، وإن لم يكن عليه سرج فهو قابض كيف ما كان ركب، وهذا[٨] قول محمد - رحمه الله -.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: لا يصير المشتري قابضًا إذا حمله البائع مع نفسه.

ولو كانا راكبين فباع أحدهما من صاحبه لا يصير قابضًا، بمنزلة ما لو باع والبائع

---

(١) في أ: الإناء.
(٢) تقدم هذا الكلام من قبل.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: أخذ.
(٦) زاد في م: الثوب.
(٧) في م: راكبا.
(٨) زاد في م: كله.

والمشتري في الدار.

رجل اشترى من آخر حنطة بعينها، ثم قال للبائع: أعرني جوالقك هذا، أو قال: جرابك هذا وكل [لي][(١)] ما اشتريت منك حتى أرجع فأحمله، فذهب المشتري ففعل البائع ذلك وضاعت الحنطة، فهذا ليس بقبض حتى يدفع إليه المشتري آنية له يكيل فيها الطعام، أو يقبض منه المشتري وعاءه الذي استعاره ويدفعه إليه، فإن كان كذلك فهو قبض. هكذا روى[(٢)] ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -.

وذكر عمرو بن أبي عمرو عن محمد - رحمه الله - إذا قال المشتري للبائع: أعرني جوالقك هذا وكله فيه، ففعل صار المشتري قابضًا، ولو لم يقل هذا وباقي المسألة بحالها لا يصير قابضًا.

وفي القدوري: وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا استعار المشتري من البائع جوالقًا [وأمره أن يكيل فيه، فإن كان الجوالق بعينه صار المشتري قابضًا بالكيل فيه، وإن كان بغير عينه نحو أن يقول: أعرني جوالقًا][(٣)] فكله فيه، ففعل، فإن كان المشتري حاضرًا فهو قبض، وإن كان غائبًا لم يكن قبضًا.

وقال محمد - رحمه الله -: لا يكون قابضًا في الغيبة في الوجهين حتى يقبض الجوالق منه ثم يسلمه إليه.

وعلى ما ذكره القدوري: بينهما اتفاق، إذ المشتري إذا لم يعين الغرائر لا يصير المشتري قابضًا بكيل البائع حال غيبة المشتري؛ وهذا لأن البائع بالكيل عامل لنفسه من وجه، من حيث إنه يميز ملكه عن ملك المشتري فينتقل فعله إلى المشتري من وجه دون وجه، ولا يثبت القبض بالشك بمجرد الأمر بالكيل، بخلاف ما لو دفع إليه غرائر نفسه حيث يصير قابضًا بجعله في غرائره بعد الكيل والتمييز؛ لأنه عامل في هذا للمشتري من كل وجه، فيصير فعله في هذا منقولًا إلى المشتري من كل وجه،

(١) سقط في م.
(٢) في م: رواه.
(٣) سقط في م.

ويصير كأن المشتري هو الذي [جعله][(١)] في الغرائر بعد الكيل والتمييز؛ ولأن الاستعارة مع الجهالة لا تصح قبل التعيين، فلا تصير الغرائر للمشتري لا ملك منفعة ولا ملك رقبة، ولا يحصل[(٢)] الجعل في غرائر المشتري، وبدون الجعل في غرائر المشتري لا يصير[(٣)] قابضًا.

وأما إذا عين الغرائر وأمره بالكيل فيها بغيبة المشتري، فعلى قول محمد - رحمه الله -: لا يصير قابضًا؛ لأن العارية لا تتم بدون القبض، وما لم تتم بدون العارية لا تصير الغرائر للمشتري لا ملك منفعة ولا ملك رقبة.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يصير قابضًا؛ لأن استعارة الغرائر غير مقصودة بعينها وإنما ثبت حكمًا لتصحيح القبض، فكانت قصدية من وجه حكمية من وجه، شرطنا التعيين لكونها قصدية ولم نشترط القبض لكونها حكمية، ولو أحدث المشتري في المبيع عيبا أو أحدث البائع بأمره فهو قبض من المشتري، أما إذا أحدث المشتري فلأن هذا لا يتأتى إلا باستيلاء[(٤)] على المحل وذلك فوق القبض حقيقة بإثبات[(٥)] القدرة على المحل، وأما إذا فعل البائع فلأن فعل غيره بأمره كفعله بنفسه.

وكذلك لو أعتقه المشتري، أو دبره، أو أقر أن الجارية أم ولد له، فهو قبض من المشتري، أما الإعتاق فلأنه إتلاف للمحل حكما فيعتبر بالإتلاف حقيقة ما عدا الإعتاق من التدبير، والإقرار بأمه [لعلة أم][(٦)] الولد تنقيص[(٧)] حكمًا فيعتبر بالتنقيص[(٨)] حقيقة وهو التعييب[(٩)].

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: يصح.
(٣) زاد في أ: المشتري.
(٤) في م: بالإستيلاء.
(٥) في م: في إثبات.
(٦) سقط في أ.
(٧) في م: فقبض.
(٨) في م: بالقبض.
(٩) في م: التعيين.

ولو زوج المشتري الأمة المشتراة قبل القبض من إنسان، فالقياس أن يكون قبضًا بنفس النكاح، وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله -.

وفي الاستحسان: لا يصير قابضًا ما لم يطأها الزوج؛ وهذا لأن النكاح ليس بتعييب من حيث إتلاف الملك وتنقيص المالية. بل هو تعييب حكمي من حيث قلة رغبات الناس، فهو في معنى نقصان السعر، بخلاف الإعتاق والتدبير؛ لأن ذلك إتلاف للمالية وإنهاء للملك فلهذا افترقا.

فإذا وطئها الزوج يصير قابضًا؛ لأن الوطء استيلاء على المحل، وقد فعل الزوج بتسليط المشتري فيعتبر بما لو فعل المشتري بنفسه.

وفي العيون: اشترى من غيره فصًا بدينار فدفع البائع إليه الخاتم فهلك في يده، فإن أمكن نزع الفص من غير ضرر فعليه ثمن الفص لا غير؛ لأن التسليم قد صح فيتأكد الثمن، وهو في الخاتم أمين، وإن لم يمكن نزع الفص إلا بضرر لا شيء عليه؛ لأنه لا يصح التسليم.

وفي القدوري: ولو باع قطنا في فراش أو حنطة في سنبل وسلم كذلك، فإن كان المشتري لا يتمكن إلا بفتق الفراش ودق السنبل لم يصر قابضًا؛ لأن المشتري لا يملك التصرف في ملك البائع، والفتق والدق تصرف في ملك البائع، فلم يكن مملوكًا للمشتري، فلم يصر المشتري متمكنًا من المبيع، فلم يصر قابضًا.

قال: لو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك، صار قابضًا؛ لأنه لا يحتاج في قبض المبيع إلى إحداث فعل في ملك البائع فلا يمنع صحة القبض(١).

اشترى جارية ووطئها قبل القبض، إن كانت بكرًا فالوطء نقصان لا محالة فيصير المشتري قابضًا، حتى لو هلكت هلكت من مال [المشتري، وإن أحدث البائع منعًا بعد الوطء من](٢) المشتري صار ناقضًا(٣) قبض المشتري حتى لو هلكت تهلك من

---

(١) في م: التسليم.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: قابضا.

مال البائع، إلا أنه يبقى حصة النقصان الحاصل بسبب زوال البكارة على المشتري من الثمن؛ لأن ذلك القدر من الثمن تقرر على المشتري، وإن كانت الجارية ثيبًا فالوطء ليس بنقصان لكن يصير به قابضًا.

فإذا[1] أحدث البائع منعًا بعد وطء المشتري ثم هلكت، تهلك كلها من مال البائع في باب الكسب والغلة.

قال في الجامع: رجل اشترى من رجل ثوبًا بعشرة ولم يقبضه حتى أحدث فيه عيبًا، يعني المشتري أحدث فيه عيبًا ينقصه حتى صار قابضًا على ما مر، ثم هلك الثوب في يد البائع، فإن هلك قبل أن يمنعه البائع هلك من مال المشتري، وإن هلك بعد ما منعه البائع هلك من مال البائع، وهذا لأن المشتري صار قابضًا الثوب، وإنما ينتقض قبضه بالاسترداد، وبمجرد كون المال[2] في يد البائع لا يصير البائع مستردًا؛

---

(١) في م: فإن.

(٢) قال ابن منظور: المال معروف، وهو ما ملكته من جميع الأشياء. وقال الجوهري: ذكر بعضهم أن المال يؤنث وأنشد لحسان:

المالُ تُزْرِي بأَقوامٍ ذَوِي حَسَبٍ ... وقد تُسَوِّدُ غيرَ السيِّدِ المالُ

قال ابن الأثير: «المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم».

وإذا صار الرجل ذا مال قيل: مال الرجلُ، يَمُول ويَمَال، مولًا، ومؤلًا، فهو مَالٌ ومَيِّل، بزنة «فَعْل»، و«فَيْعل».

أما إذا أعطى الرجل لغيره المال؛ فإنه يقال: مَوَّله، يُموِّلُه، تمويلًا؛ جاء في مختار الصحاح: «تمول الرجل: صار ذا مال. ومَوَّلَهُ غيره تَمْويلًا».

وقال الزبيدي: المال ما ملكته من كل شيء وجمعه: أموال، وقد جاء في الحديث النبوي النهي عن إضاعة المال. قيل: أراد به الحيوان أي: يحسن إليه ولا يهمل، وقيل: إضاعته إنفاقه في المعاصي والحرام، وما لا يحبه الله، وقيل: أراد به التبذير والإسراف وإن كان مباحًا.

ومن هذا يظهر أن المال في اللغة: هو كل ما يملكه الإنسان من جميع الأشياء، فكل ما يقبل الملك فهو مال، عينًا كان أو منفعة.

وقول أهل اللغة: المال معروف. لا غرابة فيه ولا عجب، فإذا ما أطلقت كلمة المال؛ تبادر إلى الذهن أن المقصود بها: العملة المتداولة بين الناس على اختلاف أشكالها. هذا هو =

. . . .

= مفهوم المال في العرف العام؛ إلا أن المفهوم الاقتصادي للمال يعد كل ما ينتفع به على أوجه من وجوه النفع مالًا، كما أنه يعد كل ما يُقوّم بثمن مالًا أيًا كان نوعه، وأيًا كانت قيمته، فمن ملك أرضًا فهي مال، ومن ملك دارًا فهي مال، ومن ملك شجرًا فهو مال، ومن ملك ثمرًا فهو مال، فكل شيء يمكن أن يعرض للبيع وتقدر له قيمة هو مال، وكل شيء ينتفع به على أي وجه هو مال.

وإذا تأملنا ما قاله ابن الأثير في المال؛ أدركنا أن هذا المفهوم الاقتصادي للمال كان معروفًا عند العرب منذ الجاهلية؛ فالإبل عندهم مال، والغنم، مال والنخيل مال، وعيون الماء مال، فكل ما ينتفعون به انتفاعًا ماديًّا هو مال، مالك الكثير منه غني، ومن لا يملك، أو يملك القليل؛ فهو فقير.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء عند تعريفهم لمعنى المال، ويرجع سبب اختلافهم إلى أن القرآن والسنَّة لم يوجد فيهما نص محدد لتعريف المال، مع أن لفظ المال ورد ذكره في القرآن نحوًا من ست وثمانين مرة.

وفيما يلي أبيِّن معنى المال عند الفقهاء:

عند الحنفية: المتقدمون من الحنفية يعرِّفون المال بأنه: «ما يميل إليه الطبع، ويدخر لوقت الحاجة، أو ما خلق لصالح الآدمي، ويجري فيه الشح والضنة».

كما عرَّفوه بأنه: «اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز». والتموُّل عندهم: «صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة». وعرَّفه المتأخرون منهم: بأنه: «ما يطلق على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير»، أو هو: «ما يكون منتفعًا به حقيقة، مباح الانتفاع به شرعًا على الإطلاق».

وعند المالكية: عرَّف الإمام الشاطبي المال بأنه: «ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه».

وعند الشافعية: عرَّف الإمام السيوطي المال بأنه: «ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلّت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك» وذكر الإمام السيوطي للمال ضابطين نقلهما عن الإمام الشافعي:

الأول: أن كل ما يقدَّر له أثر في النفع فهو متمول، وكل ما لا يظهر له أثر في الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول.

والثاني: أن المتمول هو الذي يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار، والخارج عن التمول هو الذي لا يعرض له ذلك.

عند الحنابلة: عرَّف الحنابلة المال بأنه: «ما يباح نفعه مطلقًا، أي: في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة».

وبالنظر في التعريفات السابقة للمال عند الفقهاء نلاحظ ما يلي:

أولًا: تعريفات المتقدمين من الحنفية - وإن اختلفت ألفاظها- إلا أنها متقاربة في مفهومها ومعناها؛ حيث يشترطون في الشيء الذي يعد مالًا، أن يكون شيئًا ماديًّا يمكن إحرازه وحيازته، ويمكن ادخاره، كما يشترطون لاعتبار الشيء مالًا أن يكون عينًا.

وبهذا يتضح أن هذه التعريفات غير جامعة؛ لأنها تخرج المنافع من معنى المال؛ لأن =

. . . .

= المنافع لا يمكن ادخارها، كذلك لا تشمل التعريفات الحقوق المعنوية التي تعد أموالًا، مثل حقوق التأليف، وحقوق الإنتاج الذهني عامة.

ثانيًا: بالنظر في تعريفات المال لمتأخري الحنفية يتبيَّن أن هذه التعريفات تشمل الأعيان والمنافع والحقوق؛ لأن مناط المالية عندهم هو القيمة التي تقدر بالنقد، فكل ما له قيمة يعتبر مالًا؛ لأن كل ما فيه قيمة فيه منفعة.

ولا يشترط أصحاب هذا الاتجاه أن يكون المنتفع به عينًا، بل الشرط عندهم أن يكون ما يطلق عليه اسم المال منتفعًا به، وله قيمة متمولة عند الناس.

وعلى هذا المسلك لمتأخري الحنفية، فإن المنافع تعتبر أموالًا، وأباح الشارع الانتفاع بها.

ثالثًا: تعريفات جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة لمعنى المال، تبيَّن أن الشيء الذي يمكن اعتباره مالًا هو ما يجري فيه الملك واستبداد المالك به.

كما يشترطون فيما يعد مالًا أن تكون له قيمة يباع الشيء لأجلها ويشترى، ويلزم المتلف الضمان إذا أتلفها.

كما يشترط جمهور الفقهاء لاعتبار الشيء مالًا أن يجري العرف بين الناس في اعتباره مالًا، فما تعارف الناس على كونه من الأشياء ذات القيمة فهو مال، وما لا يطرحه الناس في التعامل فهو مال، وما يطرحونه فلا يعد مالًا.

وعلى هذا: كل ما ثبت نفعه، وأصبح محلًا للتعامل بين الناس، وأباح الشارع الانتفاع به يعتبر مالًا عند جمهور الفقهاء.

وتعريف الإمام السيوطي أرجح، وهو: «ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل: الفلس، وما أشبه ذلك»، فهذا التعريف يفيد أن مالية الأشياء تثبت بمجموع أمرين:

الأول: أن كل ما له أثر في النفع فهو متمول، وما لا يوجد فيه نفع فليس بمال.

الثاني: إمكان الانتفاع بالشيء، وحيازته، وجريان التعامل به بين الناس، واعتباره مالًا، كل ذلك يثبت المالية للأشياء، ولا تزول هذه المالية إلا بزوال هذه الصفات عنه؛ لأن اسم المال لا يزول عن الشيء ما دام إمكان الحيازة والانتفاع موجودين لبعض الناس.

وعلى هذا التعريف الراجح لمعنى المال يدخل فيه جميع الأشياء التي يمكن الانتفاع بها، وحيازتها كالأشياء المادية، والمنافع التي تعارف الناس على اعتبارها مالًا.

وقد انبنى على خلاف الفقهاء في معنى المال وتعريفه، الخلاف في مالية المنافع.

وفي ضوء ما تقدم يمكن تقسيم المال وفق عدة معايير؛ فينقسم بحيث كونه متقومًا أو غير متقوم، وبحسب كونه عقارًا أو منقولًا، أو كونه مثليًا أو قيميًا، وبحسب كونه استهلاكيًا أو استعماليًا، وبحسب كونه خاصًا أو عامًا.

المال المتقوم: المال باعتبار تقومه وعدم تقومه ينقسم قسمين؛ متقوم، وغير متقوم. والمال المتقوم هو المال المحرز فعلا . . . القابل للانتفاع به انتفاعًا معتادًا مشروعًا حال السعة والاختيار، وأمثال هذا المال كثيرة، فمنه السيارات، والدور، والكتب، كما أن المال المتقوم يصلح أن يكون محلًا للمعاوضات المالية، ويضمن بالتعدي عليه، =

. . . .

= بخلاف المال غير المتقوم.

المال غير المتقوم: هو الذي لا يملكه أحد؛ كالسمك في الماء، والطير في الهواء، أو كان مملوكًا للغير، ولكنه لا ينتفع به عادة على وجه يرفضه الشارع حال السعة والاختيار؛ كالخمر، والخنزير بالنسبة للمسلم.

المال المثلي: عرف الفقهاء المثلي بأنه: ما لا تتفاوت آحاده تفاوتًا يعتد به، ويوجد له نظائر في الأسواق، والمثليات كل ما يقدر بالوزن أو الكيل، أو بالعد المتقارب الآحاد، ومن ذلك الذهب، والفضة، والحبوب، والزيوت، والبيض، والليمون إذا كانا من نوع وحجم واحد، ويعتبر مثليًا ما تمت صناعته بالآلة ما دام جنسه واحدًا، كالأقمشة المنسوجة بالآلة، والأبنية ما دامت لها نظائر بالأسواق.

ويعد من المثلي أيضًا عند الحنفية: الأشياء التي تقاس بالذراع ونحوه، وهي التي تسمى بالمذروعات إذا كانت أجزاؤها متساوية دون فرق يعتد به؛ وذلك كالمنسوجات المحكمة الصنع، وألواح الزجاج، وما شابه ذلك. وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية خلافًا للشافعية، والحنابلة.

المال القيمي: عرف الفقهاء المال القيمي بأنه: ما لا يوجد له مثيل في مجال التجارة، أو يوجد لكن بتفاوت يعتد به في مجال المعاملات؛ كالإبل، والعقارات، والسيارات، وأشباهها.

وعرف محمد سلام مدكور المال القيمي بقوله: «ما تفاوت آحاده تفاوتًا يعتد به، أو لم تتفاوت، ولكن انعدمت نظائره في الأسواق».

وترتب على تقسيم المال - قسمين: مثلي، وقيمي - في الفقه الإسلامي بعض الآثار، نجمل أهمها فيما يلي:

من ناحية الثبوت في الذمة وعدمه: يقرر الفقهاء أن الأموال المثلية تقبل الثبوت في الذمم على الإطلاق؛ فيتعلق الحق منها بمقدار غير معين بذاته في الخارج؛ فتشغل به الذمة وعلى الملتزم به أن يوفي ما عليه من أي الأموال المماثلة لما التزم به جنسًا وصفة، ولا يلزم أداء عين معينة يريدها الملتزم له أو صاحب الحق، أما الأموال القيمية، فإنها لا تقبل الثبوت في الذمم؛ وعلى ذلك فلا تكون بذاتها دينًا أبدًا وإذا أريد تعليق الحق بذاتها فيجب أن تكون موجودة متعينة في الخارج، فلا يمكن بيع رأس من الغنم أو البقر إلا إذا ورد العقد على واحد موجود مشخص متميز عن سواه.

حيث إن الأموال المثلية تثبت في الذمم؛ لذلك يجب بإتلافها ضمان مثلها لا قيمتها؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [سورة البقرة آية: ١٩٤].

ولأن المثل أعدل؛ لما فيه من مراعاة الجنس والمالية؛ فكان لدفع الضرر؛ ولأنه- أي: المثل- أقرب إلى الأصل من القيمة والواجب.

وعند التعويض الاقتراب بقدر الإمكان من الأصل المعوض عنه؛ لأن تعويض الضرر هو قضاء عن شيء فائت، ومن القواعد الفقهية أن الضرر يدفع بقدر الإمكان، وأنه إذا بطل الأصل يصار إلى البدل؛ فعند إمكان الأقرب وهو المثل لا يصير إلى الأبعد وهو القيمة؛ لأنه أقرب إلى الأصل من القيمة؛ لكونه مماثلاً له من طريق الصورة والمشاهدة =

. . . .

= والمعنى بخلاف القيمة؛ فهي مماثلة له معنى فقط كما أن تضمين المثل يخلف ذات المال المتلف، أما تضمين القيمة فيخلف ماليته لا ذاته، فإذا انعدم المثل حسًّا أو شرعًا بأن لم يوجد في الأسواق، أو منع من الوصول إليه مانع فعندئذ يصار إلى القيمة اضطرارًا؛ لأنها أحد البدلين؛ لأن التعويض بالمثل - وهو الأداء الكامل - تعذر فيتحول إلى القاصر لأنه الممكن، ولا تكليف أكثر مما في دائرة الإمكان.

وأما القيمي: فالواجب عند إتلافه ضمان قيمته؛ إذ لا مثل له، وحيث تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية دفعًا للضرر بقدر الإمكان.

المال الاستهلاكي: ويمكن تعريف المال الاستهلاكي بأنه ما يكون الانتفاع بخصائصه - بحسب المعتاد- غير متحقق إلا باستهلاكه؛ سواء كان استهلاكه حقيقيًّا وذلك كاستهلاك سلع عينية: كالأطعمة، والأشربة، ومواد الوقود، ونحو ذلك. أم كان استهلاكه حكميًّا، وذلك كالنقود، حيث يعد خروجها من يد مالكها في سبيل وفاء ما عليه من التزامات، وقضاء بعض الحاجات - استهلاكًا لها -، وإن كانت أعيانها باقية.

المال الاستعمالي: ويمكن تعريف المال الاستعمالي بأنه: ما يتحقق الانتفاع به باستعماله مرارًا مع بقاء عينه، وهذا يشمل الأموال التي لا تستهلك بالاستعمال لأول مرة بل يمكن استعمالها مرارًا مع بقاء عينها؛ وذلك كالدور، والدواب، والأثاث، والثياب، ونحو ذلك.

وتقسيم المال إلى استهلاكي، واستعمالي في الفقه الإسلامي تظهر آثاره في قابلية الأموال لبعض العقود والتصرفات، وعدم قابليتها كما يتضح ذلك فيما يلي:

المال الاستهلاكي: لا يقبل أن ترد عليه العقود التي يكون الغرض منها الاستعمال دون الاستهلاك، وهي التي تستهدف تملك المنفعة دون العين؛ وذلك كالإجارة والإعارة؛ لأن العقد في كليهما يقتضي الانتفاع مع بقاء العين. والمال الاستهلاكي لا يتحقق الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، ولذا فلا يصح استئجاره أو إعارته، وذلك لتنافي الغرض المقصود من الإجارة أو الإعارة مع طبيعة هذا النوع من المال، من هنا قرر الفقهاء أن الإجارة إذا كان المقصود منها استيفاء العين لا تصح، فلا يجوز استئجار الشجر لأخذ الثمر، والحيوان لأخذ اللبن، ولا استئجار الأجسام والغابات لقطع الحطب؛ وذلك لوقوع الإجارة على استهلاك العين، وهذا يعني بيع أعيان معدومة، وهو لا يجوز. غير أن الفقهاء قد أجازوا على سبيل الاستثناء بعض أنواع الإجارات الواردة على استهلاك العين؛ وذلك للضرورة والحاجة وتعارف الناس؛ كاستئجار الظئر وهي المرأة المرضع، وكنزول الحمام للاستحمام بأجر، مع أن العقد وارد على استهلاك العين وهي اللبن والماء الحار؛ فالعقود التي يكون الغرض منها استهلاك المال دون استعماله لا ترد إلا على مال استهلاكي؛ كالقرض؛ لأن غرض المقترض هو استهلاك ما اقترضه ليسد حاجته، ثم يرد مثله إلى المقرض، فلو ورد القرض على مال استعمالي فإن العقد لا يكون قرضًا، بل هو إعارة، وإن دفع بلفظ القرض.

المال الخاص: هو ما كان داخلاً في الملك الفردي؛ سواء كان مالكه واحدًا أم متعددًا؛ =

ألا ترى أنه لا يصير غاصبًا بهذا القدر، فكذا لا يصير مستردًّا، فبقي قبض المشتري على حاله، فإذا هلك يهلك من مال المشتري.

فإذا[(١)] منعه البائع فقد صار مستردًّا؛ ألا ترى أنه يصير غاصبًا مال الغير بمجرد المنع عنه، فكذا يصير مستردًّا، فانتقض قبض المشتري وعاد الثوب إلى ضمان البائع، فإذا هلك يهلك من مال البائع ويبطل الثمن من مال المشتري إلا قدر ما انتقص بفعل المشتري فإن ذلك يتقدر على المشتري؛ لأنه لم يوجد الاسترداد لذلك القدر لكونه هالكًا.

فإن كان الثوب على عاتق البائع، أو في حجره فعيبه المشتري، ثم هلك من غير فعل أحدثه [البائع، هلك على المشتري؛ لأن كون الثوب على عاتقه أو في حجره

= بحيث يكون ممنوعًا عن الكافة؛ فلا يكون لهم حق الاستيلاء عليه، أو الانتفاع به إلا بإذن مالكه؛ لأن له وحده حق حيازته والاستئثار بمنافعه والتصرف فيه.

وقد ورد كثير من النصوص التي تحث الأمة الإسلامية على حماية المال الخاص؛ وتؤكد على حرمته وعدم التعدي عليه، أو أكله بالباطل، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة النساء آية: ٢٩]. وقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام دمه، وماله، وعرضه»، وقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه».

المال العام: هو ما لم يكن داخلاً في ملكية أحد من الأفراد، وإنما هو موضوع لمصلحة الجماعة ومنفعتها، بحيث يكون لكل واحد من أفرادها حق الانتفاع به وذلك كالبحار، والأنهار، والطرق العامة، ونحو ذلك.

ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، ص (٩٦٩)، النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ٣٧٣)، القاموس المحيط، ص (٤/ ٥٣)، والصحاح، (مول) (٥/ ١٠٩)، ولسان العرب، (مول) (٦/ ٤٣٠٠، ٤٣٠١)، مختار الصحاح، مادة (مول)، ص (٢٦٦)، المذكر والمؤنث، لابن الأنباري محمد بن القاسم، تحقيق: طارق عبد العون الجناني، مطبعة العاني، بغداد، ط(١)، ١٩٧٨م، ص (٣٤١)، تاج العروس (٨/ ١٢١)، رد المحتار (٥/ ١٦١)، المبسوط (١١/ ٧٩)، بدائع الصنائع (٧/ ١٤٧)، الفتاوى الهندية (٥/ ١١٩)، منح الجليل (٣/ ٥١٤)، الموافقات في أصول الشريعة (٢/ ١٧)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٢٧)، حاشيتا قليوبي وعميرة (١/ ١٧٥)، نهاية المحتاج (٥/ ١٥٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٤٢)، كشاف القناع (٤/ ٨٩، ٩٠).

(١) في م: فأما إذا.

[فعيبه المشتري ثم هلك من غير فعل أحدثه][١] لا يصلح أن يكون غصبًا، ولهذا لو ذهبت الريح بثوب إنسان وألقته على عاتق إنسان، أو في حجره [لا يكون غاصبًا][٢] فلا يصير البائع به مستردًا.

وكذلك لو كان البائع ممسكًا الدابة؛ لأن مجرد إمساك الدابة لا يصلح غصبًا، ولهذا جاز للبائع أن يفعل ذلك بالدابة المبيعة، وما يصير الإنسان به غاصبًا لا يحل للبائع أن يفعله[٣] في المبيع.

ولو كان لابسًا للثوب، أو راكبًا للدابة فأحدث المشتري فيه عيبًا ينقصه، ثم لم يمنعه البائع حتى هلك، هلك من مال البائع؛ لأن دوام الركوب واللبس يصلح غصبًا.

ولهذا لو استعار ثوبًا يومًا فدام على اللبس بعد مضي اليوم يصير ضامنًا، وكذا دوام الركوب على هذا، فصار البائع مستردًّا [للدابة والثوب][٤].

ولو كانت دارا فهدم المشتري حائطًا منها حتى صار قابضًا، ثم إن البائع سكن الدار بعد ذلك، لا يصير البائع مستردًّا عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وأبي يوسف - رحمه الله - في قوله الأخير؛ لأن السكنى لا تصلح غصبًا موجبًا [للضمان][٥] عندهما، فلا يصير البائع [به][٦] مستردًّا.

وعند محمد، وهو قول أبي يوسف الأول: السكنى تصلح غصبًا للعقار فيصير البائع مستردًّا فيبطل الثمن عن المشتري إلا حصة ما هدم.

وصار الحاصل: أن المشتري إذا قبض المبيع بغير إذن البائع إنما يصير البائع

---

(١) سقط في أ، م.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ، م: يفعل ذلك.
(٤) في م: للثوب.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

مستردًّا بما يصير به غاصبا مال الغير، حتى إن بمجرد التمكين والتخلية لا يصير مستردا، وهذا بخلاف المشتري [فإن المشتري][1] بمجرد التمكين والتخلية يصير قابضًا.

والفرق: أن التسليم مستحق على البائع فيجب تعليقه بما في وسعه وهو التمكين والتخلية حتى لا يبقى في عهدة المستحق، أما التسليم غير مستحق على المشتري بعد ما قبض المبيع بغير إذن البائع لما عرف أنه ليس للبائع يد مستحقة على المبيع، إنما على المشتري تسليم الثمن، فلو علقنا التسليم بحقيقة الأخذ لا يبقى المشترى في عهدة المستحق.

❊ ❊ ❊

(١) سقط في م.

نوع آخر منه:

إذا قبض المبيع قبل نقد الثمن بغير إذن البائع، كان للبائع أن يسترده[١] منه حتى يستوفي الثمن؛ لأن حق الحبس كان ثابتًا للبائع إلى أن يستوفي الثمن، وحق الإنسان لا يبطل من غير رضاه.

ولو تصرف المشتري في ذلك تصرفا يلحقه النقض بأن باع، أو وهب، أو رهن، أو أجر، أو تصدق، نقض التصرف.

وإن كان لا يلحقه الفسخ كالعتق، والتدبير، والاستيلاء، لم يملك البائع رده إلى يده.

والفرق: هو أن تصرف المشتري حصل في ملكه والنقض عليه لحق البائع، ولكن إنما يجب رعاية حق البائع عند الإمكان، فإذا كان تصرف المشتري قابلاً للنقض والإمكان يثبت، ولا كذلك ما إذا لم يكن تصرف المشتري قابلاً للنقض.

ولو نقده الثمن فوجده البائع زيوفًا[٢] أو ستوقا[٣] أو مستحقًا أو وجد بعضه كذلك، كان للبائع منعه، وإن قبضه المشتري بغير إذن البائع بعدما نقد الزيوف أو الستوق، فللبائع أن ينقض قبضه، فإن كان تصرف [المشتري فيه][٤] نقض تصرفه، يريد به إذا كان تصرفًا يحتمل النقض؛ لأن ما نقد ليس حق البائع فصار وجوده

(١) في م: يسترد.

(٢) الزيوف لغة: النقود الرديئة، وهي جمع زيف، وهو في الأصل مصدر، ثم وصف بالمصدر، فيقال: درهم زيف، ودراهم زيوف، وربما قيل: زائفة. قال بعضهم: الزيوف هي المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت وتسك بقدر الدراهم الجيدة لتلتبس بها. وفي حديث ابن مسعود رضي الله عنه: «أنه باع نفاية بيت المال وكانت زيوفا وقسية». أي رديئة.
والتزييف لغة: إظهار زيف الدراهم. ولا يخرج اصطلاح الفقهاء عن المعنى اللغوي.
ينظر: لسان العرب (٩/ ١٤٢)، وتاج العروس (٢٣/ ٤١٣)، وابن عابدين (٤/ ٢١٨).

(٣) السَّتُّوق: بفتح السين وضمها مشددة التاء فهي فارسي مُعَرَّب، وفارسيته تسه تاه وهو على صورة الدراهم وليس له حكمها إذ جوفه نحاس ووجهاه جُعل عليهما شيء قليل من الفضة لا يخلص. فهو: فلس مُمَوَّه بالفضة غلب غشه على فضته.
ينظر: طلبة الطلبة، ص (٢٢٧)، المبسوط (٢/ ١٩٤)، (١٢/ ١٤٥).

(٤) في م: فيه المشتري.

والعدم بمنزلة فصار كأنه قبض بغير إذن البائع قبل نقد الثمن، وهناك قد ذكرنا أن للبائع أن ينقض قبض المشتري وتصرفه إذا كان تصرفًا يحتمل النقض فكذا هاهنا.

ولو قبضه بأمره ثم وجد الدراهم المقبوضة زيوفًا، لم يكن للبائع أن يسترده؛ لأن الزيوف من جنس حقه، ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم يجوز إلا أن يكون [بها][(١)] عيبًا والعيب لا يبدل الجنس، ولما كان من جنس حقه [فإذا أذن له بالقبض بناء على ما وجد من الاستيفاء وذلك يصلح أن يكون استيفاء يسقط حقه][(٢)] في الحبس وعمل إذنه، والساقط لا يحتمل العود.

ولو وجد المقبوض رصاصا أو ستوقا أو مستحقًّا، كان له أن يسترد المبيع وإن قبضه المشتري بإذنه بخلاف الزيوف.

والفرق: أن إذن البائع في القبض كان بناء على ما وجد من الاستيفاء، وقبض الستوق والرصاص لا يصلح للاستيفاء؛ لأن الستوق ليس من جنس حقه أصلاً، ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم لا يجوز، فإذا لم يصلح استيفاء والإذن بناء على الاستيفاء صار وجود الإذن والعدم بمنزلة، وكذلك [قبض المستحق][(٣)] موقوف على إجازة المالك، فإذا لم يجز انتقض القبض فيه من الأصل[(٤)]، فصار الحكم فيه بعد عدم الإجازة نظير الحكم في الستوق والرصاص.

فإن لم يجد البائع شيئًا مما ذكرنا في الثمن حتى باع المشتري العبد أو أجره أو رهنه وسلم، ثم إن البائع وجد في الثمن شيئًا مما ذكرنا، فجميع ما صنع المشتري في العبد جائز لا يقدر البائع على رده، ولا سبيل له على العبد، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا وجد الثمن زيوفًا أو نبهرجة[(٥)] وذلك لأن حق البائع في الحبس قد بطل،

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: المشتري.
(٤) في م: الفعل.
(٥) اختلف العلماء في تفسير النبهرجة فقيل: هي التي تضرب في غير دار السلطان، أما الزيوف فهي المغشوشة، وأما الستوقة فهي صفر مموه بالفضة أو ما كان النحاس فيه هو الغالب، قال =

حتى [لو][(١)] لم يكن له أن ينقض قبض المشتري قبل وجود التصرف من المشتري، فلا يكون له نقض تصرفه أيضًا، كما لو أذن له في القبض مرسلاً أو استوفى الثمن بتمامه مشكل فيما إذا وجد الثمن رصاصا أو ستوقا أو مستحقًا؛ لأن حق البائع في الحبس في هذه الصورة لم يسقط؛ ألا ترى أن له أن ينقض قبض المشتري فكان له أن ينقض تصرفه أيضًا كما لو قبض بغير إذنه.

والجواب: أن قبض المشتري في هذه الصورة وقع فاسدًا؛ لأن شرط صحته أن يكون بإذن البائع من كل وجه، وهاهنا قبض المشتري حصل بغير إذن البائع من وجه باعتبار المعنى وبإذنه من وجه باعتبار الحقيقة فيعتبر القبض الفاسد[(٢)] بالبيع الفاسد،

= كثير من المشايخ: الجياد فضة خالصة تروج في التجارات وتوضع في بيت المال، والزيوف: ما زيفه بيت المال، أي رده، ولكن تأخذه التجار في التجارات، لا بأس بالشراء بها ولكن يبين للبائع أنها زيوف، والنبهرجة ما يرده التجار، الستوقة أن يكون الطاق الأعلى فضة، والأسفل كذلك وبينهما صفر وليس لها حكم الدراهم وحاصل هذا الكلام أن الزيوف أجود وبعده النبهرجة وبعدهما الستوقة ويكون نحاسها أكبر من فضتها.

ينظر: رد المحتار (٥/ ٣٦٣)، المغرب (١/ ٢٤٢).

(١) سقط في أ.

(٢) اختلف الحنفية، والشافعية في مفهومي الفساد، والبطلان من حيث التوافق وعدمه؛ لكن الخلاف بينهم في مفهومي اللفظين قد تحرر في العبادات؛ فاتفق العلماء على أن الفساد، والبطلان في العبادات بمعنى واحد (فيما عدا الشافعية في الحج)، وهو عدم الصحة؛ لأن المراد بهما خروج العبادة عن كونها عبادة بسبب فوات بعض الفرائض.

ثم انحصر الخلاف بينهما فيما عدا ذلك، وعدا مسائل مخصوصة عند كلا المذهبين:

فعند الحنفية: الباطل، والفاسد متباينان؛ فالباطل: ما لا يكون مشروعًا بأصله ووصفه. والفاسد: ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه.

وحكم الأول: أنه لا يملك بالقبض.

وحكم الثاني: أنه يملك به. قال ابن عابدين: «قوله: «الفساد والبطلان في العبادات سيان»، أما في المعاملات، فإن لم يترتب أثر المعاملة عليها: فهو البطلان، وإن ترتب: فإن كان المطلوب التفاسخ شرعا: فهو الفساد، وإلا: فهو الصحة».

وعند الشافعية: الباطل، والفاسد مترادفان، إلا في الكتابة، والخلع، والعارية، والوكالة، والشركة، والقرض، وفي العبادات: في الحج؛ فإنه يبطل بالردة، ويفسد بالجماع ولا يبطل. . . . ذكره السيوطي.

وهذا هو أبرز اختلاف الفقهاء في هذه المسألة، وهو نفسه عند الأصوليين فيها: قال =

وفي البيع الفاسد المشتري إذا قبض المبيع[(١)] بإذن البائع كان له أن ينقض قبضه بحكم [الفساد][(٢)]، ومتى تصرف فيه لا يكون له أن ينقض تصرفه لأنه حصل بتسليطه، ومتى قبض المبيع بغير إذن البائع كان للبائع أن ينقض قبضه بحكم الفساد وكان له أن ينقض تصرفه لأنه لم يحصل بتسليطه فكذلك هاهنا متى[(٣)] كان القبض فاسدًا وقد حصل بإذن البائع كان للبائع نقض قبضه [بحكم الفساد، ولا يكون له نقض تصرفه، ومتى حصل بغير إذن البائع كان للبائع نقض قبضه][(٤)] ونقض تصرفه أيضًا، والله أعلم.

* * *

= الإمام الإسنوي في التمهيد: البطلان والفساد عندنا مترادفان، فنقول مثلًا: بطلت الصلاة وفسدت، وقال أبو حنيفة: إنهما متباينان؛ فالباطل عنده: ما لم يشرع بالكلية كبيع ما في بطون الأمهات، والفاسد: ما شرع بأصله، ولكنه امتنع لاشتماله على وصف، كالربا فإنه مشروع من حيث إنه بيع، وممنوع من حيث إنه يشتمل على الزيادة، ووافقه الإمام الرازي في المحصول.

ينظر: البحر الرائق (٢/ ٢٩١)، حاشية رد المحتار لابن عابدين (١/ ٦١٣)، و(٢/ ٣٩٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (١/ ٤٧٩)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٣٧١)، التمهيد، للإسنوي (١/ ٥٩)، المحصول في علم الأصول، للرازي (١/ ٤٣).

(١) في أ: المشترى.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: كان.
(٤) سقط في أ.

ومما يتصل بهذا النوع:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: وإذا اشترى الرجل مصراعي باب أو خفين أو نعلين فقبض أحدهما [بغير إذن البائع][(١)] ولم يقبض الآخر حتى هلك ما عند البائع هلك من مال البائع، فلم يجعل قبض أحدهما قبضًا للآخر، ثم قال: ويتخير المشتري في المقبوض فقد جعلهما في حق الخيار كشيء واحد.

ولو قبض أحدهما فاستهلكه أو عيبه صار قابضًا للآخر، حتى لو هلك الآخر عند البائع قبل أن يحدث البائع فيه منعًا أو حبسًا هلك على المشتري.

وإن منعه البائع بعد ذلك ثم هلك هلك على البائع حتى سقط [من][(٢)] الثمن بحصته فجعلهما كشيء واحد في الاستهلاك والتعييب، وفي حق الاسترداد جعلهما بمنزلة العبدين والثوبين حتى لم يجعل استرداد البائع أحدهما كاستردادهما.

ولو جنى البائع على أحدهما بإذن المشتري صار قابضًا لهما، فلو [هلكا بعد ذلك][(٣)] هلكا من مال المشتري.

ولو منع البائع أحدهما بعد ذلك، أو منعهما كان عليه قيمة ما هلك.

ولو أذن البائع للمشتري في قبض أحدهما كان إذنا في قبضهما، حتى لو قبضهما ثم استرد البائع أحدهما ليحبسه بالثمن صار غاصبًا.

ولو رأى المشتري أحدهما ورضيه لم يلزمه حتى يرى الآخر، وكان له أن يردهما بخيار الرؤية.

ولو أحدث بأحدهما عيبًا لم يكن له أن يرد الأخير بالعيب ولا بخيار الرؤية، ولو جاء أجنبي فاستهلك أحدهما كان لصاحبهما أن يدفع إليه الآخر ويضمنه قيمتهما.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن القبض فعل حقيقي يلاقي الصورة، والمعنى

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: المالية القائمة.

فيه تابع، واعتبرا فيه بالثوبين والعبدين، فأما الخيار إنما يثبت باعتبار نقصان [في مالية القائم][١] فإن هلاك أحدهما يوجب نقصانا في مالية القائم، والهلاك كان في ضمان البائع، وجعل كأن انتقاص مالية القائم حصل في ضمان البائع، والتعييب ينقص المالية [والاستهلاك يفوت المالية][٢]، وهما في المالية كشيء واحد، فأوجب ذلك تعييبًا في الآخر فصار الآخر مقبوضًا بحكم التعييب، واسترداد البائع يلاقي الصورة فاعتبرا فيه بالثوبين، والإذن في [القبض][٣] إنما كان لإيصال المشتري إلى منفعة ملكه، وهما فيه كشيء واحد.

وجناية البائع بإذن المشتري بمنزلة جناية المشتري بنفسه لكن برضاء البائع، وجناية [المشتري بنفسه بأحدهما بإذن البائع قبض][٤] لهما بإذن البائع؛ لأن ذلك تعييب وإتلاف للمالية، وهما في ذلك كشيء واحد فيوجب ذلك قبض الآخر، وبطلان حق الحبس لرضاء البائع بقبضهما.

وكذا[٥] جناية البائع بإذن المشتري بأحدهما، فإذا امتنع[٦] البائع بعد ذلك صار غاصبًا، والغصب يلاقي الصورة فاعتبرا فيه بالثوبين والعبدين فلم يصر غصب أحدهما غصبًا للآخر، وخيار الرؤية إنما يثبت باعتبار الجهل[٧] بأوصاف المعقود عليه فإنما يبطل بالعيان الذي يدرك به معرفة الأوصاف والعيان يلاقي الصورة فاعتبرا فيه بالثوبين.

وإذا أحدث عيبًا بأحدهما فذلك يوجب نقصانا في مالية الآخر فبطل خيار

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: قبض أحدهما.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: فكذا.
(٦) في م: منع.
(٧) زاد في م: أو.

العيب[(١)] والرؤية فيهما؛ لأن شرط الرد بخيار الرؤية وخيار العيب الرد على الوجه الذي خرج من ملك البائع، واستهلاك الأجنبي أحدهما يوجب نقصانًا وخللا في مالية الآخر، وكان بمنزلة من عيب دابة [أو ثوب][(٢)] غيره عيبًا فاحشًا وهناك كان لصاحبه أن يضمنه قيمة الكل ويسلم إليه المعيب كذا هاهنا.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم ولم ينقد ثمنها حتى قبضها بغير إذن البائع وباعها من رجل بمائة دينار وتقابضا، وغاب المشتري الأول فحضر بائعه وأراد استرداد الجارية من المشتري الآخر، فإن أقر الآخر أن الأمر كما وصفه البائع الأول كان للبائع الأول أن يستردها لأن المشتري[(٣)] أقر بثبوت حق الاسترداد للبائع الأول في ملكه فصح إقراره، فإذا استردها بطل البيع الثاني؛ لأن البائع أبطل حق المشتري الأول بحق سابق على قبضه فانتقض قبضه من [الأول][(٤)] الأصل، وإن كذب المشتري الآخر البائع الأول فيما قال، أو قال: لا أدري أحق [ما][(٥)] قال أو باطل، فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب[(٦)]؛ لأن الجارية صارت مملوكة للمشتري الآخر، والبائع الأول مقر بذلك،

---

(١) خيار العيب: هو عقد يقتضي السلامة من العيب؛ فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة، فعند فواتها يتخير كي لا يتضرر بإلزام ما لا يرضى به، كما إذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد.
وعرفه المالكية بأنه: «لقب لتمكن المبتاع من رد مبيعه على بائعه؛ لنقصه عن حالة بيع عليها غير قلة كميته قبل ضمانه مبتاعه».
وعرفه الشافعية بأنه: «من إضافة المسبب للسبب، ويسمى: خيار النقيصة، وهو المتعلق بفوات مقصود مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شرطي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي».
وعرفه الحنابلة بأنه: «هو النقص»، وهو «ما ينقص قيمة المبيع نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالبا».

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: الآخر.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: البائع.

ثم هو يدعى على الغائب حقًا فلا يصدق إلا بحجة، والحجة لا تسمع على الغائب إلا إذا كان عنه خصم حاضر، والمشتري الثاني ليس بخصم عن الأول، فإن حضر الغائب وصدق البائع الأول فيما قال لا يصدق على المشتري الآخر، وإن كذبه يقال للبائع الأول: أقم البينة على ما ادعيت، فإن أقام البينة بمحضر من المشتري الأول والثاني، ردها القاضي على البائع الأول وانتقض البيع الثاني لما مر، إلا أن ينقد المشتري الأول [الثمن][1] قبل الرد على البائع، فحينئذ لا يردها القاضي على البائع الأول؛ لأن حق البائع الأول في الاسترداد ليس بمقصود وإنما يثبت له حق الاسترداد [حبسا للجارية بالثمن، فإذا سلم الثمن أو بقي له حق الاسترداد][2] فيبقى[3] مقصودًا، وهذا ما لا وجه له.

[وإن نقد][4] المشتري الأول الثمن بعدما أخذها الأول سلمت الجارية للمشتري الأول، ولم يكن للمشتري الآخر عليها[5] سبيل؛ لأن شراءه قد انتقض على ما مر، فلا يعود إلا باستئناف جديد، ولم يوجد.

ولو ماتت الجارية [في يد المشتري الآخر كان للبائع الأول أن يضمن المشتري الآخر قيمتها؛ لأن للبائع الأول على الجارية][6] يدًا مستحقة لأجل الحبس فصار المشتري بقبضه جانيًا على البائع فصار كالغاصب وهكذا المشتري الأول [إلا أن قبض المشتري الأول][7] أوجب تأكيد الثمن عليه للبائع، فيمكن إيجاب القيمة عليه للبائع الأول، وتكون القيمة المردودة على البائع الأول قائمة مقام الجارية، حتى لو هلكت عند البائع الأول انتقض البيعان ويرجع المشتري الآخر على المشتري الأول

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: ويبقى.
(٤) في م: فإن نقد هذا.
(٥) في أ: عليهما.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

بما نقد له من الثمن، كما لو هلكت الجارية بعد الاسترداد في يد البائع الأول.

ولو لم تهلك القيمة في يد البائع الأول حتى نقد المشتري الأول الثمن أخذ القيمة من بائعه، ولم يكن للمشتري الثاني على القيمة سبيل، كما لم يكن له على الجارية في مثل هذه الصورة سبيل، ورجع المشتري الثاني على المشتري الأول بالثمن [الذي نقده، فإذا سلمت القيمة للمشتري الأول ينظر: إن كانت من غير جنس الثمن][1] لا يتصدق بشيء، وإن كانت من جنس الثمن يتصدق بالفضل إن كان ثمة فضل.

قال في الجامع: رجل اشترى من رجل ثوبًا بعشرة ولم يقبضه حتى أحدث فيه عيبًا - يعني: المشتري أحدث فيه عيبًا - ينقصه، حتى صار قابضًا على ما مر ثم هلك الثوب في يد البائع، فإن هلك قبل أن يمنعه هلك من مال المشتري، وإن هلك بعد ما منعه البائع هلك من مال البائع؛ وهذا لأن المشتري صار قابضًا للثوب، وإنما ينتقض قبضه بالاسترداد، وبمجرد كون المال في يد البائع لا يصير البائع مستردًا فبقي قبض المشتري على حاله، فإذا هلك يهلك من مال المشتري، فإذا منعه البائع فقد صار مستردًا.

ألا ترى أنه يصير غاصبًا مال الغير بمجرد المنع عنه، فكذا يصير مستردا فانتقص قبض المشتري الثوب إلى ضمان البائع ويبطل الثمن على[2] المشتري إلا قدر ما انتقض بفعل المشتري فإن ذلك القدر يتقدر على المشتري؛ لأنه لم يوجد الاسترداد بذلك القدر لكونه هالكًا، فإن كان الثوب على عاتق البائع أو في [حجره فعيبه المشتري ثم هلك من غير فعل أحدثه البائع هلك على المشتري لأن كون الثوب على عاتقه أو][3] حجره لا يصلح أن يكون غصبًا، ولهذا لو هبت الريح بثوب إنسان

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: عن.
(٣) سقط في م.

وألقته على عاتق إنسان أو في حجره لا يصير غاصبًا، فلا يصير البائع مستردًّا، وكذلك لو كان البائع ممسكا الدابة؛ لأن مجرد إمساك الدابة لا يصلح غصبا، ولهذا جاز للبائع أن يفعل ذلك بالدابة المبيعة، وما يصير الإنسان غاصبا لا يحل للبائع أن يفعل ذلك في المبيع.

ولو كان لابسا للثوب أو راكبًا للدابة فأحدث [المشتري][(١)] فيه عيبًا ينقصه، ثم لم يمنعه البائع حتى هلك، هلك من مال البائع؛ لأن دوام الركوب واللبس يصلح غصبًا، ولهذا لو استعار ثوبًا يومًا فدام على اللبس بعد مضي اليوم يصير غاصبًا[(٢)]، وكذا دوام الركوب على هذا، فصار البائع مستردًّا للدابة والثوب.

ولو كانت دارا فهدم المشتري حائطًا منها حتى صار قابضًا، ثم إن البائع سكن الدار بعد ذلك، لا يصير البائع مستردًّا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمه الله - [[في قوله][(٣)] الآخر][(٤)]؛ لأن السكنى لا تصلح غصبًا موجبًا للضمان عندهما، فلا يصير البائع مستردًّا.

وعند محمد - رحمه الله -، وهو قول أبي يوسف الأول: السكنى تصلح غصبًا للعقار فيصير البائع مستردًّا، فبطل الثمن من المشتري الأول إلا حصة ما هدم[(٥)]، وصار الحاصل: أن المشتري إذا قبض المبيع بغير إذن البائع فإنما يصير البائع مستردًّا بما يصير به غاصبًا مال الغير، حتى إن بمجرد التمكين والتخلية لا يصير مستردًّا، وهذا بخلاف المشتري، فإن المشتري بمجرد التمكين والتخلية [يصير قابضًا][(٦)].

والفرق: أن التسليم مستحق على البائع فيجب تعليقه بما في وسعه وهو التمكين

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: ضامنا.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: الأخير.
(٥) في أ: قدم.
(٦) في أ: لا يصير مستردًّا.

والتخلية، حتى لا يبقى في عهدة المستحق، أما التسليم فغير مستحق على المشتري بعدما قبض المبيع بغير إذن البائع لما عرف أنه ليس للبائع يد مستحقة على المبيع، إنما على المشتري تسليم الثمن، فلو علقنا التسليم بحقيقة الأخذ لا يبقى المشتري في عهدة المستحق، والله اعلم.

* * *

نوع آخر من هذا الفصل:

إذا باع الرجل من غيره [ما هو][١] في يد ذلك الغير.

الأصل في هذا النوع من المسائل:

أن القبضين إذا تجانسا تناوبا؛ لأن التجانس دليل التشابه، والمتشابهان ينوب كل واحد منهما عن صاحبه، فإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى؛ لأن في الأعلى ما في الأدنى وزيادة، فوجد القبض المحتاج إليه وزيادة، والأدنى لا ينوب [عن][٢] الأعلى؛ لأن في الأدنى من الأعلى قدر بعضه، والمحتاج إليه كله، والقبض المستحق بالشراء: أن يقبض المشتري لنفسه قبضًا موجبًا ضمان نفسه وهو [قيمة العين، أما القبض لنفسه؛ لأنه متملك بالشراء، والمتملك في القبض يكون قابضًا لنفسه، وأما كونه موجبًا ضمان نفسه][٣]؛ لأنه ملك بعقد المعاوضة[٤] فيكون بعوض، والعوض الأصلي للعين قيمته إلا أن يصار إلى المسمى قطعا للمنازعة، ويكون للمسمى فيه صلاحية قائمة مقام قيمة العين كما في باب النكاح، فإن منافع البضع مضمون بمهر المثل بقضية الأصل، وإنما يصار إلى المسمى قطعًا للمنازعة كذا هاهنا[٥].

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل غصب من آخر جارية أو إناء فضة ووضعه في بيته، ثم لقيه واشتراه بمائة دينار ونقده الثمن وليس الإناء بحضرتهما، صار المشتري قابضًا بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن يصل المشتري إلى بيته هلك من مال المشتري؛ [لأن قبض المشتري][٦] قبل الشراء [كان][٧] لنفسه وأنه

---

(١) في م: وهو.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: المفاوضة.
(٥) زاد في م: كذا.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

موجب ضمان نفسه وهو قيمة العين فكان مجانسا للقبض المستحق بالعقد فناب عنه.

ولو أراد البائع أن يسترد الجارية من المشتري ليحبسها بالثمن، لم يكن له ذلك؛ لأنه لما وجب[1] العقد مع علمه بقيام قبض ينوب عن القبض المستحق وذلك يسقط [حقه][2] في الحبس، صار راضيًا بسقوط حقه.

ولو كان العين وديعة في يد المشتري أو عارية فاشترى، لا يصير قابضًا بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن يقبضه هلك من مال البائع؛ لأن قبض الوديعة والعارية قبض أمانة، وقبض المشتري قبض ضمان فكانا متغايرين، وقبض الأمانة أدنى فلا ينوب عن قبض الشراء.

ومعنى آخر يخص الوديعة: أن المودع قابض لغيره، والمشتري قابض لنفسه، والقبض الواقع للغير كيف ينوب عن المستحق لنفسه؟ وبه فارق قبض الغصب، فإن ذهب المودع أو المستعير إلى العين وانتهى إلى مكان يتمكن من قبضه إلا أن يصير المشتري قابضًا بالتخلية، فإذا هلك بعد ذلك يهلك من مال المشتري.

فإن فعل المشتري في فصل الوديعة والعارية ما يكون قبضًا، ثم أراد البائع أن يحبسها بالثمن لم يكن له ذلك؛ لأنه لما باعه منه مع علمه أن المبيع في يد المشتري وهو يتمكن من القبض يصير راضيًا بقبض المشتري دلالة، وقبض المشتري برضاء البائع، فسقط[3] حقه في الحبس.

فإذا[4] أخذها البائع من بيت المودع قبل أن تصل إليها يد المشتري كان له ذلك؛ لأن حق الحبس كان ثابتًا له، وإنما رضي بسقوط حقه على تقدير وجود القبض من المشتري، فقبل قبضه لا يكون راضيًا فيكون له حق الأخذ ولو أراد المشتري أن يمنع

(١) في م: أوجب.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: يسقط.
(٤) في م: فإن.

البائع عن الأخذ له ذلك؛ لأن البائع إنما يصير راضيًا بقبض المشتري بطريق الدلالة، والإذن دلالة لا يمكن إثباته مع المنع صريحًا، ولو كان المبيع بحضرتهما فباعه منه لم يكن للبائع حبسه؛ لأن بيعه منه رضى منه بالقبض دلالة، فمتى كان المبيع بحضرته وذلك يصلح قبضًا جديدًا يثبت القبض بحكم الشراء برضاء البائع فلا يكون للبائع حق الحبس.

ولو كان العين رهنا في يد المشتري فالمشتري لا يصير قابضًا له بنفس الشراء؛ لأن قبض الرهن في حق العين قبض أمانة والضمان الذي يثبت ضمان استيفاء الدين، فإن المرتهن بعقد الرهن يصير مستوفيًا الدين بالعين في حق ملك اليد، والحبس والاستيفاء يعتمد [المجانسة، ولا مجانسة بين العبد والدراهم من حيث العين وإنما](١) المجانسة بينهما من حيث المالية، فكان القبض في حق العين قبض أمانة وقبض الشراء قبض ضمان في حق الغير، فلا ينوب قبض الرهن عنه فلا يصير قابضًا بنفس الشراء. هذه(٢) هي عبارة عامة المشايخ.

وبعض مشايخنا قالوا: قبض الرهن ليس من جنس قبض الشراء؛ لأن المرهون غير مضمون بجميع أجزائه فإنه إذا كان في الرهن فضل على المدين فالفضل لا يكون مضمونًا، فأما المبيع مضمون بجميع أجزائه فهو [في](٣) معنى قولنا: إن قبض الرهن ليس من جنس قبض الشراء، واختلاف الجنس يمنع التناوب.

فإذا ذهب إلى بيته وانتهى إلى مكان يتمكن من قبضه حقيقة، لا(٤) يصير قابضًا بالتخلية.

وإذا اشترى إبريق فضة بمائة دينار وقبض المشتري الإبريق ولم ينقد الدنانير حتى افترقا وبطل الصرف لعدم قبض أحد البدلين في المجلس، كان على المشتري رد

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: هذا.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: إلا أن.

الإبريق على البائع.

وإن وضع المشتري الإبريق في بيته ولم يرده حتى[(١)] لقي البائع فاشترى الإبريق منه شراءً مستقبلاً بدنانير ونقد الثمن ثم افترقا، فالبيع جائز ويصير قابضًا الإبريق بنفس الشراء؛ لأن الإبريق بعد بطلان عقد الصرف مضمون بضمان نفسه، ولهذا لو هلك قبل التسليم إلى البائع يهلك مضمونًا بالقيمة، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء فحصل الافتراق بعد قبض البدلين فلا يبطل الصرف.

ولو اشترى رجل من رجل عبدا بألف درهم وتقابضا ثم تقايلا، ثم إن المشتري اشتراه ثانيًا من البائع قبل أن يسلمه إلى البائع حتى صح الشراء على ما مر، لا يصير المشتري قابضًا بنفس الشراء حتى لو هلك قبل أن يجدد المشتري قبضًا يهلك بالعقد الأول وتبطل الإقالة والبيع [الثاني][(٢)]؛ لأن بعد الإقالة العين في هذه الصورة مضمون على المشتري بالثمن، حتى لو هلك في يد المشتري قبل التسليم إلى البائع تبطل الإقالة ويعود حكم العقد الأول حتى يلزمه الثمن، ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض الشراء.

وإن[(٣)] أرسل الرجل غلامه في حاجته ثم باعه من ابن صغير له حتى جاز البيع ولم يرجع العبد حتى مات، مات من مال الأب؛ لأن قبض الأب كان قبض أمانة، ولأنه قبض لنفسه فلا يقع عن [قبض][(٤)] مضمون لغيره، فإن لم يمت الغلام حتى رجع إلى الولد وتمكن من القبض حتى صار قابضًا له عن ولده [هلك على ولده][(٥)].

---

(١) زاد في م: لو.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: وإذا.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

وإن لم يرجع الغلام[(١)] حتى بلغ الولد[(٢)] ثم رجع العبد إلى الوالد لم يصر قابضًا [له حتى يرجع][(٣)] للولد [حتى لو هلك هلك على الوالد][(٤)] وانتقض البيع ويكون القبض في هذا إلى الولد.

فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى الوالد لولده الصغير من غيره ثم بلغ قبل القبض، فإن القبض وتسليم الثمن يكون إلى الوالد، واستيفاء الحقوق[(٥)] يكون إليه أيضًا،

---

(١) في م: العبد.

(٢) في م: الغلام.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) الحقوق جمع حق، والحق - في اللغة-: مصدر الفعل الثلاثي المضعف (حقَّ - يحقُّ)، وهو يطلق في اللغة، ويراد به العديد من المعاني: فيطلق الحق للدلالة على الشيء الواجب الثابت، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ ٱلْعَذَابِ عَلَى ٱلْكَٰفِرِينَ﴾، أي: وجبت وثبتت، وقال تعالى: ﴿ثُمَّ نُنَجِّى رُسُلَنَا وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كَذَٰلِكَ حَقًّا عَلَيْنَا نُنجِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾، أي: واجبا علينا، وقال سبحانه: ﴿فَرِيقًا هَدَىٰ وَفَرِيقًا حَقَّ عَلَيْهِمُ ٱلضَّلَٰلَةُ﴾، أي: ثبتت عليهم أسباب الضلالة الكسبية. ويُطلق الحق بمعنى: العدل، ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَزْنُ يَوْمَئِذٍ ٱلْحَقُّ﴾ أي: العدل. ويطلق الحق بمعنى: نقيض الباطل، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَلْبِسُوا۟ ٱلْحَقَّ بِٱلْبَٰطِلِ وَتَكْتُمُوا۟ ٱلْحَقَّ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾، وقوله سبحانه: ﴿وَقُلْ جَآءَ ٱلْحَقُّ وَزَهَقَ ٱلْبَٰطِلُ ۚ إِنَّ ٱلْبَٰطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾. ويطلق الحق بمعنى: النصيب، ومنه قوله تعالى في صفة المصلين: ﴿وَٱلَّذِينَ فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴿٢٤﴾ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ﴿٢٥﴾﴾ [سورة المعارج: ٢٤- ٢٥] أي: يجعلون للسائل والمحروم نصيبًا من أموالهم. ويطلق الحق بمعنى: الصدق، ومنه قوله تعالى: ﴿نَزَّلَ عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ﴾. وقد أجمل الفيروزآبادي هذه المعاني وغيرها مما تدل عليه لفظة (الحق) في اللغة، فقال: «الحق من أسماء الله تعالى، أو من صفاته، والقرآن، وضد الباطل، والأمر المقضي، والعدل، والإسلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، والصدق، والحزم».
وكل هذه المعاني تعود إلى معنى: الثبوت والوجوب المقتضي لإحكام الشيء وصحته، ويناقض بطلانه؛ وفي هذا يقول ابن فارس: «الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدل على إحكام الشيء، وصحته، فالحق نقيض الباطل، ثم يرجع كل فرع إليه بجودة الاستخراج وحسن التلفيق». ومن خلال هذه المعاني اللغوية يمكن تعريف (الحق) بأنه: الأمر الذي يجب ثبوته للإنسان، والذي لا يسوغ إنكاره، ويحصل من خلاله الإنسان على نصيبه من مقومات الحياة النافعة الكريمة، ويرفع به الضرر عنه. ينظر: القاموس المحيط، للفيروزآبادي (١/ ١١٢٩)، مادة (حقق)، مقاييس اللغة، لابن فارس (٢/ ١٥)، لسان العرب (٢/ ٩٣٩)، مادة (حقق)، المصباح المنير، ص (٨٩)، مادة (حقق)، ومختار

=

....

= الصحاح، ص (٩٠)، مادة (حقق)، والمعجم الوجيز، ص (١٦٣)، وفتح القدير، للشوكاني (٢/ ١٩٠)، وشرح المنار، لابن ملك (٨/ ٣٧٦)، الكليات، لأبي البقاء الكفوي، ص (٣٩٠، ٣٩١)، والمطلع على أبواب المقنع، ص (٤٤٥، ٤٩١)، لباب التأويل في معاني التنزيل، لعلاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيحي أبي الحسن، المعروف بالخازن، تحقيق: محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٥هـ (٣/ ٢١٤)، وروح المعاني (١١/ ١٦٩)، تفسير التحرير والتنوير (٨/ ٩٠)، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، لأبي الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي، تحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، الدكتور أحمد محمد صيرة، الدكتور أحمد عبد الغني الجمل، الدكتور عبد الرحمن عويس، قدمه وقرظه: الأستاذ الدكتور عبد الحي الفرماوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م (١/ ٣٨٧)، وتفسير البغوي (٢/ ١٤٩)، والمحرر الوجيز، لابن عطية الأندلسي (٥/ ٣٦٨).

ومصطلح الحق شائع الاستعمال، وكثير التردد في كتب السلف في الفقه والأصول، لكنهم اهتموا بالحديث عن أنواع الحقوق، وما يتعلق بها من أحكام وقواعد، ولم يعتنوا بتقديم تعريف محدد للحق إلا نادرًا، ومن تعريفاتهم للحق ما ذكره علاء الدين البخاري في (كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي)، حيث قال: «قال السيد الإمام أبو القاسم - رحمه الله- في أصول الفقه: الحق الموجود من كل وجه، الذي لا ريب في وجوده».

ثم ذكر بعض الأمثلة التي توضح مراده من هذا التعريف، فقال: «ومنه: السحر حق والعين حق، أي: موجود بأثره، وهذا الدين حق، أي: موجود صورة ومعنى، ولفلان حق في ذمة فلان؛ أي: شيء موجود من كل وجه».

وجاء في حاشية قمر الأقمار على شرح الأنوار أن: «الحق هو الموجود، ومراد به حكم يثبت».

وقال الغزالي: «الحق المطلق هو الموجود الحقيقي بذاته، الذي منه يأخذ كل حق حقيقته، وقد يقال - أيضًا - للمعقول، الذي صادف به العقل الموجود حتى طابقه أنه حق؛ فهو من حيث ذاته يسمى: موجودًا، ومن حيث إضافته إلى العقل الذي أدركه على ما هو عليه يسمى: حقًّا».

وهذه التعريفات، وما جرى مجراها لا تخرج عن التعريف اللغوي للحق بأنه: الموجود الثابت.

وتناقل بعض الحنفية في كتبهم تعريف الحق بأنه: «ما يستحقه الرجل».

وهذا التعريف يلزم منه الدور؛ لأن لفظة (يستحقه) الواردة في التعريف مأخوذة من المعرف، وهو (الحق)؛ ومن ثَمَّ تتوقف معرفة الاستحقاق على معرفة الحق، كما تتوقف معرفة الحق على معرفة الاستحقاق؛ وهذا الدور يفسد التعريف.

وقد اعتنى الفقهاء المعاصرون بتعريف الحق عناية كبرى بالمقارنة بعناية فقهاء السلف، =

....

=

وكانت لهم في ذلك اتجاهات مختلفة على النحو الآتي:
من الفقهاء المعاصرين من عرف الحق بأنه: (اختصاص يقره الشرع)، كالدكتور مصطفى الزرقا الذي عرف الحق بأنه: «اختصاص يقرر به الشرع سلطة، أو تكليفا».
والدكتور عبد السلام العبادي الذي يعرِّف الحق بأنه: «اختصاص ثابت، يقتضي سلطة، أو تكليفا لله على عباده، أو لشخص على غيره».
ومنهم من عرف الحق بأنه: (مصلحة شرعية للفرد، أو المجتمع، أو لهما معا)، كالشيخ علي الخفيف، الذي عرف الحق بأنه: «مصلحة مستحقة شرعًا».
والدكتور عيسوي أحمد عيسوي، الذي عرف الحق بأنه: «مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستئثار، يقررها المشرع الحكيم».
والدكتور محمد يوسف موسى، الذي عرف الحق بأنه: «مصلحة ثابتة للفرد، أو المجتمع، أو لهما معًا، يقررها المشرع الحكيم».
والشيخ محمد مصطفى شلبي، الذي عرف الحق بأنه: «كل مصلحة ثبتت للإنسان باعتبار الشارع».
ومنهم من عرف الحق بأنه (الثابت)، ومن هؤلاء الفقهاء الشيخ: فهمي أبو سنة، الذي عرف الحق بأنه: «ما ثبت في الشرع للإنسان، أو لله تعالى على الغير».
وأحمد فراج حسين، الذي عرف الحق بأنه «ما ثبت شرعًا لشخص على شخص، أو شيء على وجه الاختصاص».
وتنقسم الحقوق المالية إلى قسمين رئيسين هما: الحقوق العينية، وحق الدائنية أو الحقوق الشخصية، وسوف نتناولهما بإيجاز على النحو التالي:
أولا: الحقوق العينية: هي الحقوق التي يقررها الشرع لشخص على شيء، أو التي يكون محلها عين من الأعيان أو منافعها. كحق الملكية التي تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من استعماله بنفسه واستغلاله بواسطة غيره أو التصرف فيه.
وتنقسم الحقوق العينية إلى نوعين:
النوع الأول: الحقوق العينية الأصلية: وهي تلك الحقوق التي تثبت لذاتها غير تابعة لحق آخر، أي: تلك الحقوق التي تقوم استقلالًا بذاتها، ولا تستند في وجودها لحق آخر. وتشمل هذه الحقوق: حق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق وهي:
١- حق الانتفاع. ٢- حق الاستعمال والسكنى. ٣- حق القرار. ٤- حق الارتفاق.
النوع الثاني: الحقوق العينية التبعية: وهي تلك الحقوق التي لا تقوم بذاتها، بل تقوم مستندة إلى حقوق أخرى تكون تابعة لها بقصد ضمان الوفاء بهذه الحقوق.
ثانيًا: حق الدائنية؛ أو «الحقوق الشخصية»: هي رابطة بين شخصين أحدهما يسمى الدائن، والآخر يسمى المدين، بمقتضاها يكون للدائن أن يطالب المدين بالوفاء بالتزام معين.
ومحل الحق الشخصي يكون: إما التزامًا بعمل، أو التزامًا بإعطاء، أو امتناعًا عن عمل.
ومن أمثلة الالتزام بعمل: التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة،

=

وفي شراء الوالد لولده من نفسه ترجع الحقوق إلى الولد متى بلغ.

والفرق: أن الأب إذا اشترى من نفسه فالعقد في حق الحقوق ما وقع للأب؛ لأن الأب هو المملك فلا يجوز أن يثبت له على نفسه حقًا، فكانت الحقوق ثابتة للصغير على الأب يستوفيها الأب بحكم النيابة عن الصغير، فإذا بلغ وصار أهلًا للاستيفاء بنفسه بطلت النيابة وعاد إلى الأصل. فإذا ما[1] اشترى من غيره، فالعقد في حق الحقوق وقع للأب؛ لأنه لم يوجد المانع من ذلك، والقبض من حقوق العقد، وهذا البلوغ لم يوجد ما يغير العقد فلا تتغير حقوقه فبقي حق القبض واقعًا للأب كما كان.

* * *

= والتزام المقاول ببناء منزل. والالتزام بإعطاء: هو الالتزام بالقيام بعمل معين إيجابي ويتمثل في نقل أو إنشاء حق عيني على شيء، ومثال نقل الحق العيني: التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، ومن أمثلة الالتزام بإنشاء حق عيني على شيء: التزام مالك العقار بإنشاء حق ارتفاق على عقار لمصلحة عقار آخر، والتزام المستأجر بدفع الأجرة. ومثال الالتزام بالامتناع عن عمل: التزام بائع المحل التجاري بعدم فتح محل منافس يقوم ببيع السلع في نفس الحي.

ينظر: أصول القانون، د.عبد المنعم الصدة، ص (٢٤، ٣٣، ٣٣٦-٣٣٧)، دروس في أصول القانون، د.جميل الشرقاوي، ص (٢٥٥-٢٥٦، ٣٥٣)، دروس في المدخل للعلوم القانونية، د.نعمان جمعة، ص (٢٣٢، ٣٣١، ٣٤٣، ٣٤٥، ٣٤٨)، د.سعيد جبر، ص (٣٧)، محاضرات في النظرية العامة للحق، د.شمس الدين الوكيل، ص (١٤٢، ١٤٤)، المدخل لدراسة القانون، د.عبد المنعم البدراوي، ص (٥٠٦)، الحقوق العينية الأصلية، د.محمد علي عمران، ص (١٠، ١٣) وما بعدها، د.منصور مصطفى منصور، ص (٥) وما بعدها، د.أحمد سلامة، ص (٦٥، ٧٧) وما بعدها، دروس في أصول القانون: نظرية الحق، د.جميل الشرقاوي، ص (٢٥)، د.عبد الحي حجازي، ص (٧٥)، د.عبد المنعم فرج الصدة، ص (٣٣٣).

(١) في م: إذا.

نوع آخر[١]: في تصرف أحد المتعاقدين في المبيع قبل القبض.

إذا أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملاً، فإن كان ذلك العمل لا ينقصه مثل القصارة والغسل بأجر أو[٢] بغير أجر، لم يصر قابضًا، والأجرة واجبة، وإن كان ذلك العمل مما ينقصه فهو قبض.

والفرق: وهو أن العمل إذا كان ينقصه فهو استهلاك لجزء من المبيع وذلك غير مملوك للبائع، فإذا حصل بأمر المشتري يصير كأن المشتري فعل بنفسه فيصير به قابضًا.

فأما إذا كان لا ينقصه الفعل المأمور به فذلك الفعل مملوك للبائع؛ لأنه فيما يرجع إلى نفس الثوب إمساك للثوب وما يحدث في الثوب من الوصف بفعله من قصارة أو غير ذلك، فذلك وصف زائد يتصل بالمبيع حصل بإذن المشتري فبقي تصرفه في المبيع إمساكًا فيكون مقصورًا على الفاعل فلا يصير به المشتري قابضًا، إلا أنه يجب الأجر؛ لأن هذا العمل غير مستحق على البائع فصح[٣] ذكر البدل في مقابلته. هكذا ذكر في شرح القدوري.

وفيه أيضًا: لو أرسل المشتري العبد في حاجته صار قابضًا؛ لأنه صار مستعملاً، وبالاستعمال [ثبت يد][٤] المستعمل على المحل؛ ألا ترى أن الأجنبي به يصير غاصبا، وطريقه ما قلنا، وكذلك لو أعاره المشتري من البائع أو أودعه من أجنبي يصير قابضًا؛ لأنه أثبت يد غيره على المحل فيعتبر بما لو أثبت يد نفسه، وهناك يصير قابضًا فكذلك هاهنا. ولو أعاره المشتري من البائع أو أودعه منه أو أجره منه فإن المشتري لا يصير قابضًا؛ لأن يد البائع ثابتة على المحل بالحبس فلا يتصور

(١) زاد في م: منه.
(٢) في أ: و.
(٣) في م: فيصير.
(٤) في أ: قد ثبت.

ثبوتها بجهة أخرى مع قيام الأولى، وإذا بقيت[(١)] اليد الأولى كما كانت صار الحال بعد هذه التصرفات والحال قبلها سواء.

وفي الجامع: إذا قال المشتري للبائع: قل للعبد: يعمل لي كذا، فأمره البائع فعمل، صار المشتري قابضًا؛ لأنه جعل البائع رسولا، وعبارة الرسول تنتقل إلى المرسل، فكأن المشتري قال للعبد: اعمل لي كذا فعمل، وهناك يصير المشتري قابضًا كذا ها هنا.

ولو كان المشتري أجره من البائع شهرًا فاستعمله البائع بحكم الإجارة لا يلزمه الأجر؛ لأن هذه إجارة فاسدة وفي الإجارة الفاسدة إنما تجب الأجرة [باستيفاء المنفعة[(٢)] إذا وجد التسليم إلى المستأجر ولم يوجد التسليم هاهنا إلى

---

(١) في م: تعينت.

(٢) المنفعة - في اللغة-: اسم مصدر، من نفعني كذا نفعًا، أي: أفادني، وأوصل إلي خيرًا، والنفع: هو ما يستعان به في الوصول إلى الخير. وفرق أبو هلال العسكري بين المنفعة، والخير: بأن من المعصية ما يكون منفعة، بدليل قوله تعالى في الخمر والميسر: ﴿قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾ [سورة البقرة آية: ٢١٩]، والمعصية لا تكون خيرًا؛ فالمنفعة تكون فيما هو طاعة، وقد تكون فيما هو معصية، لكن الخير لا يكون إلا فيما هو طاعة. كما فرق العسكري - أيضًا - بين المنفعة، والنعمة: بأن المنفعة قد تكون حسنة، وقد تكون قبيحة، في حين أن النعمة لا تكون إلا حسنة، والإنسان يجوز أن ينفع نفسه، لكن لا يجوز أن يُنْعم عليها. وفرق بين المنفعة، والمتاع: بأن المتاع هو النفع الذي تتعجل به اللذة، أما المنفعة فقد تكون بما تتأجل به اللذة. ومن هذا يظهر: أن المنفعة - في اللغة-: كل فائدة يستفيدها المرء، سواء أكانت حلالا أم حرامًا، محمودة أم مذمومة، عاجلة أم مؤجلة. وفي تعريف المنفعة يقول السرخسي: «المنافع: زوائد تحدث في العين شيئًا فشيئًا». ويقول ابن عابدين: «المنفعة عرض لا تبقى زمانين». وفي منح الجليل للشيخ عليش أن: «المنفعة: ما لا تمكن الإشارة إليه حسًا، دون إضافة، يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه؛ فتخرج الأعيان، ونحو العلم، والقدرة، ونصف العبد، ونصف الدابة مشاعًا». وذكر ابن حجر الهيتمي: «أن المنفعة تطلق على ما يقابل العين وقد تطلق على ما هو أعم من ذلك فتشمل حتى الغلة، التي هي الفوائد العينية الحاصلة لا بفعل أحد فالغلة قسمان: قسم يحصل بدل استيفاء منفعة؛ فتتناوله المنفعة بلا قرينة. وقسم يحصل بنفسه، فهو أجنب عن المنفعة». وقال ابن القيم: «الذي دلت عليه الأصول أن الأعيان التي تحدث شيئًا فشيئًا مع بقاء أصلها حكمها حكم المنافع؛ كالثمر في الشجر، واللبن في الحيوان، والماء في البئر؛ ولهذا سوى =

. . . .

= بين النوعين في الوقف؛ فإن الوقف تحبيس الأصل، وتسبيل الفائدة؛ فكما يجوز أن تكون فائدة الوقف منفعة كالسكن، يجوز أن تكون ثمرة، وأن تكون لبنًا كوقف الماشية للانتفاع بلبنها». ومن هذا يظهر أن بعض الفقهاء يقصرون المنفعة على الفائدة العرضية غير العينية؛ كسكنى الدار، وركوب الدابة، ولبس الثوب. . . إلخ. وأما الفوائد العينية، كثمرة الشجرة، ولبن الدابة وولدها، وأجرة الأعيان ونحوها؛ فلا تدخل تحت مصطلح المنفعة عندهم، وإنما يسمونها: غلة، أو فائدة، وفي هذا يقول الشيخ زكريا الأنصاري: المراد بالفائدة: اللبن والثمرة ونحوهما، وبالمنفعة: السكن واللبس ونحوهما» فجعل المنفعة خاصة بالأعراض المستفادة من الأشياء. وفريق آخر من الفقهاء يجعل المنفعة عامة في الفوائد العينية وغير العينية؛ فيدرج الفائدة أو الغلة ضمن مفهوم المنفعة؛ وهذا ما رجحه ابن القيم، واحتج له كما يفهم من كلامه السابق. فالمنفعة: كل ما يستفاد من الأعيان، سواء أكانت الفائدة فائدة عرضية غير حسية، أو فائدة عينية محسوسة. فملك المنفعة هو الاختصاص الذي يكسب صاحبه الانتفاع بنفسه، ويكون له أن يأذن لغيره في الانتفاع بعوض وبغير عوض، كملك المستأجر منفعة العين المستأجرة. ويفرق الفقهاء بين حق الانتفاع وملك المنفعة من ناحية المنشأ والمفهوم والآثار. وخلاصة ما قيل في الفرق بينهما وجهان:

الأول: سبب حق الانتفاع أعم من سبب ملك المنفعة؛ لأنه كما يثبت ببعض العقود كالإجارة والإعارة مثلا، كذلك يثبت بالإباحة الأصلية، كالانتفاع من الطرق العامة والمساجد ومواقع النسك، ويثبت أيضًا بالإذن من مالك خاص. كما لو أباح شخص لآخر أكل طعام مملوك له، أو استعمال بعض ما يملك.

أما المنفعة فلا تملك إلا بأسباب خاصة، وهي: الإجارة، والإعارة، والوصية بالمنفعة، والوقف، على تفصيل ذكره الفقهاء، وعلى ذلك، فكل من يملك المنفعة يسوغ له الانتفاع، ولا عكس، فليس كل من له الانتفاع يملك المنفعة، كما في الإباحة مثلا.

الثاني: أن الانتفاع المحض حق ضعيف بالنسبة لملك المنفعة؛ لأن صاحب المنفعة يملكها ويتصرف فيها تصرف الملاك في الحدود الشرعية، بخلاف حق الانتفاع المجرد؛ لأنه رخصة لا تتجاوز شخص المنتفع.

وعلى هذا فمن ملك منفعة شيء يملك أن يتصرف فيه بنفسه، أو أن ينقلها إلى غيره، ومن ملك الانتفاع بالشيء لا يملك أن ينقله إلى غيره؛ فالمنفعة أعم أثرا من الانتفاع، يقول القرافي: تمليك الانتفاع نريد به أن يباشره هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية.

مثال الأول: سكنى المدارس، والرباطات، والمجالس في الجوامع، والمساجد، والأسواق، ومواضع النسك، كالمطاف والمسعى ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط. ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة، أو يسكن غيره، أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك. وكذلك بقية النظائر المذكورة معه.

وأما مالك المنفعة، فكمن استأجر دارا أو استعارها، فله أن يؤاجرها من غيره أو يسكنه =

المستأجر][١] إذ ليس للمشتري آلة التسليم وهي[٢] اليد إنما اليد للبائع، والبائع لا يصلح[٣] نائبًا عن المشتري في القبض فلا يتحقق التسليم، فكيف يجب الأجر؟

وفي النوازل: إذا اشترى عبدا بثمن معلوم فلم يقبضه حتى أمر البائع أن يؤاجره

= بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة، على الوجه الذي ملكه.

ومثله ما ذكره ابن نجيم من الحنفية من أن الموصى له يملك المنفعة، وله حق الإعارة، والمستأجر يمكنه الإعارة والإجارة للغير فيما لا يختلف باختلاف المستعملين. ويملك المستعير والموقوف عليه السكنى المنفعة، فيمكن لهما نقل المنفعة إلى الغير بدون عوض، لكن الحنفية، والشافعية، والحنابلة، لا يجيزون للمستعير أن يؤجر المستعار للغير؛ خلافا للمالكية.

وملك المنفعة قد يكون حقا شخصيا غير تابع للعين المملوكة، كما هو ثابت للمستعير والمستأجر في الإعارة والإجارة، وقد يكون حقًّا عينيا تابعا للعين المملوكة منتقلا من مالك إلى مالك بالتبع ضمن انتقال الملكية، ولا يكون إلا في العقار، وهذا ما يسمى بحق الارتفاق.

ينظر: تاج العروس (٢٢/ ٢٦٨)، الفروق اللغوية، لأبي هلال الحسن بن عبد الله العسكري، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٣)، ٢٠٠٥م، ص (١٩٦، ١٩٧)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (١٤٣)، المبسوط (١١/ ٧٨)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٧٧)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (٤/ ٢٣٠)، الغاية شرح الهداية، للعيني، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٤١١هـ (٧/ ٣٨٦)، والبحر الرائق (٦/ ٢٧٧)، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار شرح المنار، لعبد الحليم بن محمد أمين اللكنوي، مطبعة بولاق، القاهرة، ط(١)، ١٣١٦هـ (٢/ ٢١٦)، منح الجليل (٧/ ٤٩٣)، مواهب الجليل (٢/ ١١٠)، الفروق، للقرافي (١/ ١٨٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٣٣)، مغني المحتاج (٣/ ٥٢٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٢٦)، نهاية المحتاج (٥/ ١١٨)، تحفة المحتاج (٧/ ٦١)، أسنى المطالب (٢/ ٤٥٧)، كشاف القناع (٤/ ٥٧)، إعلام الموقعين (٢/ ١٢)، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، محمد يوسف موسى، ص (٢١١)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٤٠٥هـ، ص (٣٣١)، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فهمي أبو سنة دار التأليف بالجمالية، مصر، ص (١٥٠)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين، ص (١١٧).

(١) سقط في م.

(٢) في م: وهو.

(٣) في أ: يصير.

من إنسان معين أو غير معين جاز، ويصير المشتري قابضًا والغلة التي يأخذها البائع تحتسب من الثمن؛ لأن الأمر من المشتري قد صح لأنه صادف ملكه، والمستأجر ينتصب نائبًا عنه في القبض فيصير قابضًا للمشتري أولا، ثم يصير قابضًا لنفسه بحكم العقد.

وفي العيون: إذا اشترى غلامًا فلم يقبضه حتى وهبه لرجل أو رهنه وأمره بالقبض فقبض، جاز، ولو أجر وأمر المستأجر بالقبض لم يجز.

والفرق: أن الهبة والرهن إنما يصح بعد التسليم، وعند التسليم يصير قابضًا فيكون الرهن والهبة نافذا بعد قبض المشتري ولا كذلك [الإجارة][(١)].

اشترى عبدًا ولم يقبضه، فأمر البائع رجلاً أن يقتله فقتله، فالمشتري بالخيار، إن شاء ضمن القاتل قيمته ودفع [الثمن][(٢)] إلى البائع، وإن شاء نقض البيع، فإن ضمن القاتل فالقاتل لا يرجع على البائع لأن القتل ليس فيه غرور، ولو كان مكان العبد ثوبًا فقال البائع[(٣)] لخياطه: اقطعه لي قميصًا بأجر أو بغير أجر، لا يكون للمشتري أن يضمن الخياط؛ لأن الخياط يرجع بالقيمة على البائع، وإذا كان كذلك صار كأن البائع فعل ذلك بنفسه.

رجل باع شاة من رجل، وأمر البائع رجلاً حتى ذبحها، فإن [كان الذابح يعلم بالبيع، فللمشتري أن يضمن الذابح ولا يرجع الذابح به على الآمر، وإن][(٤)] كان[(٥)] الذابح لا يعلم بالبيع، لم يكن للمشتري أن يضمنه [لأنه لو ضمنه][(٦)] لرجع به على البائع الآمر[(٧)] فيصير كأن البائع ذبح [بنفسه][(٨)].

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: العبد.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في أ: الآمر.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: إلا.
(٨) سقط في م.

نوع آخر: فيما يلزم المتعاقدين من المؤنة في تسليم المبيع والثمن.

الأصل أن مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه حيث كان المعقود عليه وقت العقد، ولا يقتضي تسليمه في مكان العقد، هذا هو ظاهر مذهب أصحابنا - رحمهم الله - حتى إنه لو اشترى حنطة وهو في المصر والحنطة [في السواد يجب تسليمها][1] في السواد.

ومن الناس من قال: يجب تسليمها عند العقد قبيل باب السلم.

ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله -: أن من اشترى تمرًا على نخل فجذاذه على المشتري.

وفي المنتقى: أنه إذا باعه مجازفة فالجواب كذلك.

وإذا باعه مكايلة فعلى البائع أن يقطعه ويكيله؛ وكذا قلع الجزر، وقلع السلجم على المشتري.

وكذلك قلع البصل، هكذا ذكر ابن سماعة - رحمه الله -.

وذكر في المنتقى: إذا اشترى حنطة في سفينة فالإخراج[2] على [المشتري.

وإذا كانت في بيت ففتح الباب على البائع، والإخراج من البيت على][3] المشتري.

وكذلك إذا باع حنطة في جراب[4] أو ثوبا في جراب، باع الحنطة والثوب دون الجراب[5]، ففتح الجراب على البائع، والإخراج من الجراب على المشتري.

وأجرة الكيال والوزان والذراع والعداد على البائع إذا باعه مكايلة أو موازنة أو مذارعة؛ لأن الكيل والوزن فيما يباع مكايلة أو موازنة من تمام التسليم، والتسليم

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: من البيت.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: خرج.
(٥) في م: الخرج.

على البائع، فما يكون من تسليمه يكون عليه.

وفي نوادر هشام قال: سألت محمدًا عمن[١] اشترى شيئًا بدراهم فعلى من الانتقاد؟ فلو زعم المشتري أن دراهمه جياد قال[٢]: القول قوله؛ لأن الدراهم كلها جياد حتى يتبين لنا غير ذلك، وإن قال البائع: هي رديئة، فالقول قول المشتري، وعلى البائع أن يجيء بالناقد والأجرة عليه.

وعن إبراهيم بن محمد - رحمه الله -: [أن][٣] الانتقاد على المستوفي[٤]، والوزن على الموفي به، يريد: أن انتقاد الثمن على البائع، ووزن الثمن على المشتري.

وفي العيون: أن أجرة وزان الثمن والناقد على المشتري.

وكان الصدر الشهيد - رحمه الله - يقول: بأن أجرة الناقد على المشتري وبه يفتي.

وروي عن محمد - رحمه الله -: أنه جعل أجرة الناقد على من عليه الدين إلا أن يقبض رب الدين دينه، ثم يدعي أنه من غير نقده فيكون الأجر على رب الدين.

والفرق بين ما قبل القبض وبين ما بعد القبض على هذه الرواية: أن الواجب على المديون إيفاء دراهم مقدرة جيدة، فكان النقد قبل القبض لإيفاء الحق في الجودة كما أن الوزن لإيفاء الحق في القدر، ثم أجرة الوزان على المديون فكذا أجرة الناقد، فأما إذا قبض رب الدين فقد دخل في ضمانه، فإذا ادعى أنه [على][٥] خلاف حقه كان النقد محتاجًا إليه ليتمكن من الرد، وذلك يقع لرب الدين فيكون الأجر عليه.

---

(١) في م: عن محمد.
(٢) في أ: فإن.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: المشتري.
(٥) سقط في أ.

ولو اشترى وقر حطب في المصر فحمله إلى بيت المشتري، على البائع، ولو هلك في الطريق يهلك من مال البائع.

ولو اشترى حنطة في سنبلها فتخليصها بالدرس[١] على البائع؛ لأن التسليم لا يتهيأ بدون ذلك، وصبها في وعاء المشتري على البائع بحكم العرف، وصب الماء من القربة على البائع أيضًا بحكم العرف.

ولو اشترى دارًا وطلب من البائع أن يكتب صكًّا من مال نفسه وأمره بالإشهاد، لا يجبر على الخروج إلى الشهود، وإن أتى بالشهود يجبر [على][٢] إشهاد شاهدين، وهو أن يقر بين يدي شاهدين، فإن أبي البائع يرفع المشتري [الأمر][٣] إلى القاضي، فإن أقر بين يدي القاضي كتب له سجلاً وأشهد عليه، والله أعلم.

* * *

(١) في م: بالكدس.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ، م.

الفصل الرابع
في المسائل التي تتعلق بالثمن

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الصرف: إذا اشترى شيئًا بألف درهم ومائة دينار ولم يسم شيئًا، فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون في البلد [بحكم العرف][١] نقدً واحد معروف، وفي هذا الوجه جاز العقد وينصرف إلى نقد البلد بحكم العرف؛ لأن العرف الظاهر أن الناس يتبايعون بنقد البلد، والمعروف كالمشروط.

الوجه الثاني: إذا كان في البلد نقود، وإنه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون الكل في الرواج على السواء ولا صرف لبعضها على البعض[٢]، وفي هذا الوجه جاز العقد وإن كان الثمن مجهولًا إذا لم يصر نقد من النقود معلومًا لا بحكم العرف ولا بحكم التسمية؛ لأن[٣] هذه جهالة لا توقعهما في منازعة مانعة من التسليم والتسلم، وإن كان لبعضها صرف على البعض، والكل في الرواج على السواء كما في الغطارفة مع العدالي في الزمان السابق، لا يجوز البيع؛ لأن الجهالة هاهنا توقعهما في المنازعة [المانعة][٤] من التسليم والتسلم.

وإن كان في بعضها فضل على البعض إلا أن واحدًا منها أروج، فإنه يجوز؛ لأن العقد ينصرف إلى الأروج.

وفي كتاب الصرف أيضًا: إذا اشترى الرجل مائة فلس بدرهم فنقد الدرهم ولم يقبض شيئًا من الفلوس حتى كسدت الفلوس، فالقياس ألا ينتقض العقد، ويخير المشتري إن شاء قبضها كذلك، وإن شاء فسخ العقد وأخذ الدراهم كما لو تعجل[٥]

(١) سقط في م.
(٢) في م: بعض.
(٣) في م: إلا أن.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: بيعت.

المبيع قبل القبض.

وبالقياس أخذ زفر - رحمه الله -.

وفي الاستحسان: ينتقض العقد؛ لأن ما تعلق العقد من أحد البدلين فات ولم يخلف بدلا فيوجب انتقاض العقد كالمبيع إذا هلك قبل القبض.

بيانه: أن العقد فى جانب الفلوس تعلق بها من حيث إنها [ثمن][(١)] باعتبار العدد، وبالكساد بطلت الثمنية باعتبار العدد، فإن[(٢)] بعد الكساد تباع وزنًا لا عددا.

و[قولنا][(٣)]: بلا خلاف. إشارة إلى أن بعد الكساد، وإن كانت تباع وزنًا والموزون يصلح ثمنًا إلا أن الثمنية من حيث الوزن لم يحدث الكساد حتى تجعل خلفًا عن الثمنية من حيث [العدد؛ لأنها كانت ثابتة قبل الاصطلاح على كونها ثمنًا من حيث العدد، وإنما زالت الثمنية من حيث][(٤)] الوزن بالاصطلاح على الثمنية من حيث العدد، فإذا زال الاصطلاح على العدد عادت الثمنية باعتبار الوزن الذي كان في الأصل لا بسبب الكساد، وليس كالمبيع إذا قتل حتى وجبت القيمة؛ لأن هناك القيمة وجبت بسبب القتل [لأنها لم تكن واجبة قبل القبض][(٥)] بل وجبت ابتداء بمقابلة المبيع فكانت خلفًا عن المبيع، بخلاف ما نحن فيه.

وبخلاف ما إذا باع[(٦)] شيئًا بقفيز رطب في الذمة إذا انقطع أوانه فإن هناك العقد لا ينتقض؛ لأن هناك ما تعلق [به العقد][(٧)] لم يهلك؛ لأن العقد متعلق بالرطب من حيث إنه ثمن، وثمنية الرطب من حيث إنه مكيل بعد الانقطاع، إلا أنه لم يوجد في أيدي الناس، والشراء بثمن ليس عنده حالة العقد ولا عند آخر جائز، وأنه لو اشترى

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: و.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: اشترى.
(٧) في م: بالعقد.

برطب والرطب منقطع عن أيدي الناس يجوز، فلأن يبقى أولى.

وإذا اشترى شيئًا بدراهم هي نقد البلد ولم ينقد الدراهم [حتى تغيرت][١]، فإن كانت تلك الدراهم لا تروج اليوم في السوق فسد البيع لأنها هلكت، وإن كانت تروج ولكن انتقصت قيمتها لا يفسد البيع وليس للبائع إلا ذلك.

وفي عيون المسائل: أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان[٢]؛ لأنه حينئذ يصير هالكًا ويبقى المبيع بلا ثمن. فأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع؛ لأنه لم يهلك ولكنه تعيب، وكان للبائع الخيار إن شاء[٣] أعطي مثل النقد الذي في البلد، وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير.

قالوا: وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد - رحمه الله -، ولا[٤] يستقيم على قولهما، وينبغي على قولهما أن يكتفى بالكساد[٥] في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين.

عندهما: يجوز، اعتبارًا لاصطلاح بعض الناس.

وعند محمد - رحمه الله -: لا يجوز، اعتبارًا [لاصطلاح الكل][٦]، والكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضًا.

وذكر في كتاب الصرف أيضًا: إذا اشترى فلوسًا بدراهم، ونقد الفلوس ولم يقبض الدراهم حتى كسدت الفلوس فالبيع جائز، والدراهم دين على حالها؛ لأن العقد قد انتهى في الفلوس بالقبض، فهلاكها بالكساد لا يؤثر في العقد.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: البلاد.
(٣) في م: قال.
(٤) في أ، م: أما لا.
(٥) في م: بعدم الرواج.
(٦) في م: لكل.

ولو اشترى بفلوس فاكهة أو غيرها، وقبض ما اشترى ولم ينقد الفلوس حتى كسدت، بطل البيع استحسانًا، وفي القياس: [لا يبطل][(١)].

وروى في باب الاستقراض: الفلوس إذا كسدت إذا اشترى بفلوس وكسدت قبل القبض، فسد العقد في قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعندهما: لا يفسد العقد.

وفي المنتقى: إذا كسدت الفلوس قبل القبض فعلى المشتري قيمة الفلوس في قول أبي يوسف - رحمه الله -، وهذا إشارة إلى أن العقد لا يفسد على قوله.

وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الرهن مسألة تدل على [أن][(٢)] البيع لا ينتقض بهلاك الفلوس قبل القبض، وصورتها: رجل رهن من آخر فلوسًا تساوي عشرة بعشرة فكسدت، فهي رهن على حالها حتى لو هلكت هلكت بالعشرة، ولو كان الكساد بمنزلة الهلاك يسقط[(٣)] الدين بمجرد الكساد، كما لو هلكت حقيقة.

والمشايخ اختلفوا في هذه المسألة،

بعضهم قال[(٤)]: ينتقض البيع كما ذكر كتاب الصرف.

وبعضهم قال[(٥)]: لا ينتقض، واستدل بمسألة الرهن.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يصحح رواية كتاب الصرف.

والشيخ الإمام شيخ الإسلام - رحمه الله - يصحح رواية الرهن.

وهذا القائل يقول: معنى قول محمد في كتاب الصرف: (يبطل البيع) أنه يخرج من أن يكون لازمًا حتى لا يجبر البائع على القبض، دفعًا للضرر عنه، أما لو اختار

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: لسقط.
(٤) في م: قالوا.
(٥) في م: قالوا.

البائع الأخذ فله ذلك.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه إذا اشترى فلوسًا بدراهم أو دنانير وكسدت الفلوس قبل القبض لا يبطل البيع.

والفرق: أن الفلوس الرائجة ثمن فبيع الفلوس والشراء بهما [بيع [والثمن والشراء بالثمن](١)](٢) وبالكساد تصير مبيعة بمقابلة الدراهم والدنانير؛ [لأنهما](٣) أثمان من كل وجه، فلو تيقنا ذلك البيع تيقناه على المبيع وأنه ما ورد على المبيع فبطل ضرورة؛ فأما بمقابلة العرض والفاكهة يمكن أن تجعل الفلوس الكاسدة [ثمنا](٤) لأن العرض والفاكهة مبيع، والفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يمكن أن تجعل ثمنًا باعتبار أنه عددي متقارب كالجوز وغيره، هذا إذا كسدت الدراهم أو الفلوس قبل القبض.

فأما إذا غلت بأن ازدادت قيمتها فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري، وإذا انتقصت قيمتها، ورخصت فالبيع على حاله، ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع.

وفي المنتقى: إذا غلت الفلوس قبل القبض أو رخصت قال أبو يوسف - رحمه الله -: قولي وقول أبي حنيفة في ذلك سواء وليس له غيرها.

ثم رجع أبو يوسف، وقال: عليه قيمتها من الدراهم يوم وقع [البيع ويوم وقع](٥) القبض.

والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع إذا انقطعت عن أيدي الناس قبل القبض فسد [البيع](٦) عند أبي حنيفة - رحمه الله - وحد

(١) في م: وثمن والشراء.
(٢) في م: بيع الثمن.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ، م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في أ.

الانقطاع: ألا يوجد في السوق، وإن كان يوجد في أيدي الصيارفة وفي البيوت.

قيل: إن كان يوجد في يد الصيارفة فهو ليس بمنقطع، والأول أصح، وسيأتي جنس هذا في مسائل السلم.

وإذا اشترى شيئًا بدراهم رائجة وتقابضا [ثم كسدت][1] ثم تقايلا، كان على البائع رد مثلها لا قيمتها على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - في الاستقراض.

ولو اشترى بدراهم رائجة ونقد بعض الثمن ثم كسدت، فسد البيع بقدر ما لم ينقد اعتبارًا للبعض بالكل.

ولو اشترى بدراهم كاسدة وقت البيع وهي [غير][2] معينة وغير مشار إليها، لا يجوز؛ لأنها لو كانت رائجة وقت البيع ثم كسدت، فسد البيع، ولو كان مكانه نكاحًا يجب مهر المثل هكذا قالوا.

وفي جواب مسألة النكاح نظر، ويجب أن يقال هنا: إذا كانت قيمة الدراهم المسماة عشرة أو أكثر فلها ذلك، وإن كانت قيمتها أقل من العشرة يجب العشرة.

دلال باع [متاعا للغير بإذنه بدراهم معلومة][3] واستوفى الدراهم، فقبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع كسدت، فليس للدلال على المشتري سبيل؛ لأن حق القبض للدلال لأنه هو العاقد وقد قبض.

وفي النوازل: رجل باع من آخر شيئًا بألف درهم فوزن له المشتري ألفا ومائتي درهم فقبضها البائع، ثم ضاعت من يده فهو [مستوف][4] للثمن ولا ضمان عليه؛ لأن بقدر الألف استوفى حقه، وفيما زاد على الألف فهو مؤتمن فيه.

وإذا باع جارية بألفي درهم ودفع إليه المشتري كيسًا على أن فيه الدراهم فذهب به البائع إلى المنزل فإذا فيه الدنانير فحمل الدنانير ليردها فضاعت في الطريق، فلا

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: بإذنه متاعا بالدراهم.
(٤) سقط في م.

ضمان عليه؛ لأنه أخذ بإذن المشتري فكان أمينا.

وإذا اشترى شيئًا وأعطاه دراهم صحاحًا فكسرها البائع فوجدها نبهرجة ردها ولا شيء عليه لأنه لم يتلف عليه مالًا، وكذا لو دفع إليه إنسان لينظر إليه فكسره. في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

[وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا باع بدراهم جياد ودفع المشتري الدراهم فأراها البائع رجلا فانتقدها][(١)] فوجد فيها [قليل][(٢)] نبهرجة فاستبدل فأراد أن يصرف في شراء الحوائج فلم يأخذها أحد وقالوا: كلها نبهرجة، لم يرد، وإن [كان إقرار][(٣)] البائع أنها جياد لأنه مناقض إلا إذا صدقه المشتري، وإن لم يكن أقر بذلك، يرد لأنه غير مناقض.

وفي المنتقى: قال أبو حنيفة - رحمه الله -: كل ما يكال أو يوزن إذا كان ثمنًا بغير عينه وقد انقطع عن أيدي الناس أن الطالب بالخيار إن شاء أخره إلى الجديد، وإن شاء أخذ قيمته مبيعة، فقد حكم بفساد العقد حتى أوجب قيمة المبيع.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إن شاء أخر [قيمته][(٤)] إلى الجديد، وإن شاء أخذ[(٥)] قيمة الثمن قبل انقطاعه بلا فصل، ولأبي يوسف - رحمه الله - في هذا قول [آخر][(٦)] وهو ما ذكرنا: أن عليه قيمة الثمن يوم وقع البيع، وهو قوله الآخر، وعليه الفتوى.

وكذلك [الدراهم][(٧)] أو الفلوس إذا انقطعت[(٨)] عن أيدي الناس قبل القبض

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: أقر.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: أخر.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: انقطع.

فللبائع قيمة الدراهم أو[1] الفلوس يوم وقع البيع في قول أبي يوسف الآخر وعليه الفتوى، ثم إذا فسد البيع بالكساد أو بالانقطاع على قول من يقول به، فإن لم يكن المبيع مقبوضًا فلا حكم لهذا البيع أصلاً، وإن كان مقبوضًا إن كان قائمًا رده على البائع، وإن كان مستهلكًا أو هالكًا رجع البائع عليه بقيمة المبيع [إن لم يكن المبيع][2] مثليًا[3]، وبمثله إن كان مثليًا، والله أعلم.

❋ ❋ ❋

---

(١) في م: و.

(٢) سقط في م.

(٣) عرف الفقهاء المثلي بأنه: ما لا تتفاوت آحاده تفاوتًا يعتد به، ويوجد له نظائر في الأسواق، والمثليات: كل ما يقدر بالوزن، أو الكيل، أو بالعد المتقارب الآحاد، ومن ذلك الذهب، والفضة، والحبوب، والزيوت، والبيض والليمون إذا كانا من نوع وحجم واحد، ويعتبر مثليًا ما تمت صناعته بالآلة ما دام جنسه واحدًا، كالأقمشة المنسوجة بالآلة، والأبنية ما دامت لها نظائر بالأسواق.

ويعد من المثلي أيضًا عند الحنفية: الأشياء التي تقاس بالذراع ونحوه، وهي التي تسمى بالمذروعات، إذا كانت أجزاؤها متساوية دون فرق يعتد به؛ وذلك كالمنسوجات المحكمة الصنع، وألواح الزجاج، وما شابه ذلك، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، خلافًا للشافعية، والحنابلة.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦١)، الفتاوى الهندية (٥/ ١١٩)، منح الجليل شرح مختصر خليل (٣/ ٥١٤)، نهاية المحتاج (٥/ ١٥٩)، وكشاف القناع (٤/ ٨٩، ٩٠).

الفصل الخامس
فيما يدخل تحت البيع من غير ذكره صريحًا وما لا يدخل تحت البيع من غير ذكره صريحًا

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: قال محمد - رحمه الله -: وإذا اشترى بيتًا[(١)] في دار أو منزلًا لا يدخل الطريق ومسيل[(٢)] الماء من غير ذكر.

وكذلك إذا اشترى أرضًا لا يدخل الشرب في الشراء من غير ذكر، وفي الإجارة تدخل هذه الأشياء من غير ذكر.

والفرق: أن الإجارة [تعقد للانتفاع][(٣)] ولهذا لا يجوز إجارة ما لا ينتفع به في الحال كالمُهر الصغير والأرض السبخة، ولا يمكن الانتفاع بهذه الأشياء إلا بالطريق ومسيل الماء والشرب، والمستأجر لا يشتري هذه الأشياء عادة ولا [يجدها ليستأجرها][(٤)].

ولو استأجر الطريق الذي لصاحب الدار لا يجوز، فتدخل هذه الأشياء في الإجارة تصحيحًا لها، فأما البيع فلا يعقد للانتفاع عينا بل يعقد للانتفاع وتحصل العين المتقوم، [وتحصيل العين المتقوم][(٥)] ممكن بدون الطريق فلا ضرورة إلى إدخاله في البيع فلا يدخل إلا بالنص، أو بذكر الحقوق، أو بذكر المرافق.

وأراد بالطريق الذي لا يدخل في بيع الدار والأرض من غير ذكر: الطريق الخاص في ملك إنسان.

---

(١) في م: شيئا.

(٢) المسيل: موضع جريان الماء، والمضيق من الوادي، والجمع: مسايل، والأمسلة: مياه الأمطار. ينظر: لسان العرب، مادة (سيل) (١١/ ٣٥٠).

(٣) في م: لعقد الانتفاع.

(٤) في م: بجد ليستأجر.

(٥) سقط في م.

والطريق ثلاثة: طريق[١] إلى الطريق الأعظم، وطريق إلى سكة غير نافذة، وطريق خاص في ملك إنسان.

فالطريق الخاص في ملك إنسان لا يدخل في [البيع][٢] من غير ذكر إما نصًّا أو بذكر الحقوق والمرافق.

[والطريقان الآخران يدخلان][٣] في البيع من غير ذكر، فكذا حق مسيل الماء في ملك خاص، وحق [إلقاء الثلج][٤] في ملك خاص لا يدخل في البيع إلا بالذكر إما نصا أو بذكر الحقوق أو المرافق.

وإذا باع بيتًا من دار ولم يذكر الطريق ولا الحقوق ولا المرافق حتى لم يدخل الطريق في البيع فللمشتري أن يرد.

[إذا][٥] قال: ظننت أن لي مفتحًا إلى الطريق هكذا ذكر في المنتقى يريد به أن البيت إذا كان لا يلي الطريق الأعظم حتى لا يمكنه أن يفتح للبيت بابا إليه وقال: ظننت وقت البيع أن البيت يلي الطريق الأعظم ويمكنني أن أفتح [بابا][٦] إليه، فله أن يرد البيت.

وفي بعض الكتب لم يذكر الخيار، وإنما ذكر أن البيت إذا كان لا يلي الطريق الأعظم لا يبطل البيع.

وله أن يستأجر الطريق أو يستعير من صاحب الأرض.

ثم الطريق الذي يدخل في البيع بذكر الحقوق أو المرافق الطريق وقت البيع لا الطريق الذي كان قبل البيع، حتى [إن][٧] من سد طريق منزله وجعل له طريقًا آخر

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: والطريق الآخر أن يوجد.
(٤) في م: الماء الملح.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

وباع المنزل بحقوقه، دخل تحت بيع المنزل الطريق الثاني دون الأول.

وإذا باع دارا وفيها بستان. ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: أنه إن كان البستان في الدار يدخل في البيع من غير ذكر صغيرًا كان البستان أو كبيرًا لأنه من جملة الدار.

وإن كان البستان خارج الدار إلا أن مفتحه إلى الدار اختلف المشايخ فيه.

بعضهم قالوا: لا يدخل.

وبعضهم قالوا: [يدخل إن كان البستان أصغر من الدار من غير ذكر، وإن كان مثل الدار أو أكثر لا يدخل.

وبعضهم قالوا][١]: بحكم الثمن.

وفي بيوع المنتقى: قال هشام: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول في رجل اشترى دارا وفيها بستان: ليس بداخل في بيع الدار إلا أن يسميه، إلا أن يكون[٢] في وسط الدار والدار محدقة [به][٣].

قال هشام - رحمه الله -: ذاكرت أبا يوسف مرة أخرى فيمن باع دارا وفيها بستان ولم يسم البستان، قال: البستان منها وإن لم يسمه، قلت: فإن كان للبستان بابان أحدهما [من داخل][٤] الدار والآخر خارج منها، قال: هو منها.

وفي العيون: إذا اشترى دارا وفيها رحى [الإبل][٥] وقد اشتراها بحقوقها ومرافقها لا تكون الرحى ولا متاعها للمشتري؛ لأن هذا ليس من حقوق الدار، وهذا بخلاف ما لو باع ضيعة وفيها رحى ماء باعها بكل حق هو لها حيث كان الرحى للمشتري؛ لأن هذا من عمارة الضيعة وصلاحها، فكان من حقوقها، وفي الدار من

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: البستان.
(٣) في م: ثم.
(٤) في أ: في.
(٥) سقط في أ.

خراب الدار فلم يكن من حقوقها، وكذلك دولاب الضيعة للمشتري بمنزلة الرحى، والدالية للبائع لأنها معلقة بغير بناء، وكذلك جذعها.

وروى إبراهيم بن رستم عن محمد - رحمه الله - فيمن اشترى بيتًا وفيه رحى بكل قليل وكثير هو فيه، فله السفل والأعلى وكذلك إذا كان[١] فيه قدر نحاس موصولًا بالأرض.

وفي فتاوى الفضلي: إذا اشترى بيتًا من منزل بحدوده وحقوقه، وصاحب الدار يمنعه عن الدخول ويأمره بفتح الباب إلى السكة، ينظر: إن كان البائع بين له طريقًا معلومًا ليس له أن يمنعه، وإن لم يبين اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: له منعه؛ لأن قوله: بحقوقه، منصرف إلى حقوق هذا البيت في السكة حتى لا يمنع عن المرور في السكة العظمى.

ومنهم من قال: ليس له منفذ؛ لأن الباب الأعظم دخل بذكر الحقوق.

واعلم بأن الحق في العادة يذكر [فيما هو يقع ولابد][٢] للمبيع منه ولا يقصد إلا لأجل المبيع كالطريق والشرب للأرض.

والمرافق عبارة عما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء.

وقوله: كل قليل وكثير، يذكر على وجه المبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع وما يتصل بالمبيع.

وفي النوازل: إذا باع دارًا وفيها بئر وعليها بكرة ودلو وحبل، فإن باعها بمرافقها دخل الحبل والدلو في المبيع لأنهما من مرافق الدار، وإن لم يذكر المرافق لا يدخلان، والبكرة تدخل على كل حال [لأنها][٣] مركبة.

فالأصل أن ما كان في الدار من البناء وكان[٤] متصلًا بالبناء يدخل في بيع الدار

---

(١) في م: قال.
(٢) في م: بما هو بيع.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) سقط في أ.

من غير ذكر [بطريق التبعية، وما لا يكون متصلاً بالبناء لا يدخل في بيع الدار من غير ذكر](١) إلا إذا كان شيئًا جرى العرف فيه فيما بين الناس أن كان البائع لا يضن(٢) به ولا يمنعه عن المشتري فحينئذ يدخل، وإن لم يذكره في البيع، وعن هذا قلنا: إن الغلق وفارسيته (كليدال) يدخل في البيع من غير ذكر لكونه متصلاً بالبناء.

والمفتاح يدخل استحسانًا ولا يدخل قياسًا لأنه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع في الدار، إلا أنا استحسنا وقلنا بالدخول بحكم العرف؛ لأن العرف فيما بين الناس أن البائع للدار لا يمنع المفتاح عن المشتري ويسلمون الدار بتسليم المفتاح، فإنما دخل المفتاح من غير ذكر بحكم العرف، والقفل ومفتاحه لا يدخلان، والسلم إن كان متصلاً بالبناء يدخل سواء كان من خشب أو مدر، وإن كان [غير](٣) متصل بالبناء [لا يدخل](٤)، والسرر نظير السلالم.

وإذا اشترى رحى ماء، يدخل في البيع من الآلة ما كان متصلاً بالبناء من غير ذكر لأنه متصل بالبناء [فكان كالبناء](٥)، والحجر الأعلى لا يدخل قياسًا لأنه غير مركب بالبناء.

[ألا ترى أنه يمكن رفعه من غير أن يحتاج فيه إلى نقض شيء من البناء](٦).

وفي الاستحسان: يدخل؛ لأن الرحى اسم لبيت فيه حجر دوارة والدوارة فيه الحجر الأعلى، وإن كان الرحى يثبت بالأعلى كان الأعلى وما فيه يديره من البكرة داخلاً تحت اسم الرحى، وعلى هذا إذا اشترى طاحونة، فالحجر الأسفل يدخل من غير ذكره، والحجر الأعلى لا يدخل قياسًا، ويدخل استحسانًا.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يضر.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ، م.
(٥) في م: وكان البناء.
(٦) سقط في أ.

نوع آخر:

باع من آخر حانوتًا، وباب الحانوت من تخاتج[١] يغلق ويفتح، وبنزع التخاتج يدخل الألواح تحت المبيع سواء باع الحانوت بمرافقه أو لم يبعه بمرافقه؛ لأن ألواح الحانوت [مركبة بالحانوت][٢] معنى، هكذا ذكر في المنتقى.

ولو كان على الحانوت ظلة في السوق كما يكون في الأسواق، فإن كان باع الحانوت بمرافقه دخلت الظلة [لأن الظلة][٣] من مرافقه، وإن كان باعه مطلقًا فالظلة لا تدخل.

وذكر في العيون: إذا اشترى حانوتا فالأقفال والألواح للبائع، والصحيح ما ذكرنا أن الألواح للمشتري فيدخل مفتاح الحانوت في المبيع من غير ذكر استحسانا لما قلنا في مفتاح الدار.

[وكور الحداد للمشتري وكور الصائغ للبائع؛ لأن الأول مركب والثاني لا.

قال في المنتقى][٤]: وكور الحداد بمنزلة كور الآجر.

وزق الحداد الذي ينفخ فيه للبائع، وقدر النحاس الذي يطبخ فيه الحنطة لأصحاب [السويق][٥] وللصباغين يطبخ فيه الصبغ، أو للقصارين ويوضع فيه الثياب للبائع، وإن كانت مقلاة السواقين من طين دخلت في البيع.

والصندوق المثبت في البناء وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم وخمسها مرو يرده بزمين أو [المثبتة في البناء][٦] من حقوقه، وعلى قياس ما ذكر قبل هذا مسألة البكرة والسرر والسلالم ما كان مثبتًا في البناء من هذه الأشياء ينبغي

---

(١) التخاتج جمع تَخْتَج قياسًا، وهو تعريب تَخْتَه. ينظر: المغرب، مادة (تختج).
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في م.
(٦) في أ: المثبتة، وفي م: المبنية.

أن يدخل في البيع، وكذلك جذع القصار الذي يدق عليه الثوب لا يدخل في البيع؛ لأن هذا ليس من حقوق الحوانيت، ويستوي في هذه المسائل إن ذكر الحانوت مطلقًا أو بمرافقه أو حقوقه؛ لأن هذه الأشياء ليست من حقوق الحوانيت ومرافقها إنما هذا من حقوق التجارة والعمل[1] والعمال.

وقدر الحمام يدخل في البيع من غير ذكر.

والقصاع لا تدخل وإن ذكر الحقوق والمرافق والتخاتخ التي على الأوتاد في البناء للبائع.

* * *

(١) في م: والفعل.

نوع آخر:

إذا باع أرضًا أو كرمًا ولم يذكر الحقوق ولا المرافق ولا ذكر بكل قليل وكثير فإنه يدخل تحت البيع ما ركب فيه للتأبيد نحو الغرائس[1] والأشجار والأبنية؛ لأن هذه الأشياء بمعنى إذ ليس لنهايتها مدة معلومة، وما لم يعلم مدة نهايته فهو للتأبيد كالأرض فإنها ذات نهاية ولكن لما لم يكن لنهايتها مدة معلومة كانت للتأبيد وإذا كانت هذه الأشياء للتأبيد تبعًا للأرض من كل وجه فتدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر.

فأما الزرع والثمر لا يدخلان في البيع، والقياس أن يدخلا؛ لأن الزرع متصل اتصال قرار[2]، والثمر متصل بالشجر اتصال قرار[3] فكان كالأشجار مع الأرض إلا أننا استحسنا وقلنا بأنهما لا يدخلان لقوله عليه الصلاة والسلام: «من باع نخلاً مؤبرًا فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[4] والزرع مثل الثمر من حيث إن لكل واحد

---

(١) الغراس: جمع غرس، والغرس: الشجر الذي يغرس، يقال: غرس، يغرس غرسا، والجمع أغراس، ويقال للنخلة أول ما تنبت: غريسة، والغرس: غرسك للشجر، والغريسة: شجر العنب أول ما يغرس، والنواة التي تزرع، والفسيلة ساعة توضع في الأرض.

ينظر: لسان العرب، مادة (غرس) (٦/ ١٥٤)، المعجم الوسيط (٢/ ٦٤٩).

(٢) في م: قوام.

(٣) في م: قوام.

(٤) أخرجه البخاري (٤/ ٤٠١): كتاب البيوع: باب من باع نخلا قد أبرت...، الحديث (٢٢٠٤)، ومسلم (٣/ ١١٧٢): كتاب البيوع: باب من باع نخلا عليها ثمر، الحديث (٧٧/ ١٥٤٣) وأبو داود (٢/ ٢٨٩) كتاب البيوع: باب في العبد يباع وله مال حديث (٣٤٣٣) والنسائي (٧/ ٢٩٧) كتاب البيوع: باب العبد يباع ويستثني المشتري ماله والترمذي (٣/ ٥٤٦) كتاب البيوع: باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد له مال حديث (١٢٤٤) وابن ماجه (٢/ ٧٤٥ ٧٤٦) كتاب التجارات: باب ما جاء فيمن باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال حديث (٢٢١١) والدارمي (٢/ ٢٥٣) كتاب البيوع: باب فيمن باع عبدا وله مال وعبد الرزاق (٨/ ١٣٥) رقم (١٤٦٢٠) وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٦٦ منحة) رقم (١٣٣٤) وابن طهمان في «مشيخته» رقم (١٧٩) وابن الجارود (٦٢٨) وأبو يعلى (٩/ ٣٠٧ ٣٠٨) رقم (٥٤٢٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٥٣) والحميدي في «مسنده» (٢/ =

....

= ٢٧٧) رقم (٦١٣) والبيهقي (٥/ ٣٢٤) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٢٧٤) من طريق الزهري عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: فذكره.

وقال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح هكذا روي من غير وجه عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: «من ابتاع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع عبدا وله مال فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع».

وقد روي عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع».

وقد روى عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر، أنه قال: من باع عبدا وله مال، فما له للبائع إلا أن يشترط المبتاع. هكذا رواه عبيد الله بن عمر وغيره عن نافع، الحديثين.

وقد روى عكرمة بن خالد عن ابن عمر، عن النبي ﷺ نحو حديث سالم، والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم. وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق.

قال محمد بن إسماعيل: حديث الزهري عن سالم، عن أبيه، عن النبي ﷺ أصح ما جاء في هذا الباب.

قلت: أما طريق نافع عن ابن عمر.

أخرجه مالك (٢/ ٦١٧) كتاب البيوع: باب ما جاء في ثمر المال يباع أصله حديث (٩) والشافعي في «الأم» (٣/ ٤١) وأحمد (٢/ ٦٣) والبخاري (٥/ ٣٦٩ ٣٧٠) كتاب الشروط: باب إذا باع نخلا قد أبرت حديث (٢٧١٦) ومسلم (٣/ ١١٧٢) كتاب البيوع: باب من باع نخلا عليها ثمر حديث (٧٨/ ١٥٤٣) وأبو داود (٢/ ٢٨٩) كتاب البيوع: باب في العبد يباع وله مال حديث (٣٤٣٤) وابن ماجه (٢/ ٧٤٥) كتاب التجارات باب ما جاء فيمن باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال حديث (٢٢١٠) والبيهقي (٥/ ٣٢٤) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر به وأما طريق نافع عن ابن عمر عن عمر أنه قال: من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع.

فأخرجه البخاري (٥/ ٦٠) كتاب الشرب والمساقاة: باب الرجل يكون له ممر أو شرب... حديث (٢٣٧٩) وقد روى هذا مرفوعا.

فقال ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٣٩٢) رقم (١١٧٥):

سمعت أبا زرعة وحدثنا عن إبراهيم بن أبي موسى. عن هشيم عن سفيان بن حسين عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن عمر بن الخطاب، عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع» فقال أبو زرعة ليس هذا الحديث بمحفوظ، والصحيح سالم عن أبيه، عن النبي ﷺ.

أما طريق عكرمة بن خالد: أخرجه عبد الرزاق (٨/ ١٣٥) رقم (١٤٦٢١) والبيهقي (٥/ ٣٢٥) من طريق عكرمة بن خالد عن ابن عمر قال ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٣٧٧) رقم (١١٢٢):

سألت أبي عن حديث رواه قتادة وحماد بن سلمة عن عكرمة بن خالد عن ابن عمر، عن =

منهما غاية معلومة فالنص الوارد في الثمر يكون واردًا في الزرع دلالة، والمعنى في ذلك أن لقطعهما غاية معلومة، وما لنهايته غاية معلومة فهو [في الحكم سواء][(١)] كالمقطوع بخلاف الأشجار والبناء؛ لأنه ليس لنهايتها غاية معلومة، وعلى قياس ما ذكر بعد هذا ينبغي أن يحكم الثمن فإن كان مثل ذلك الثمن لا يكون للأرض والزرع والنخل لا يدخل الزرع والثمر في البيع، وإن كان مثل ذلك الثمن يكون للأرض والزرع والنخل والثمر، يقضي للمشتري بالزرع والثمر.

وإن ذكر في بيع الأرض الحقوق أو المرافق لا يدخل الزرع والثمار أيضًا؛ لأنهما ليسا من جملة حقوق الأرض [ومرافقها.

وإن قال: بعتها بكل قليل وكثير هو منها وفيها، إن قال في أثرها: من حقوقها، أو قال: من مرافقها][(٢)]، لا يدخلان في البيع.

وذكر الحاكم أحمد السمرقندي في شروطه: أنه إذا ذكر في بيع الضيعة والنخيل: كل حق، يدخل الزرع والثمر في البيع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وإن لم يذكر كل قليل وكثير.

وهكذا ذكر الناطفي في أجناسه أن بذكر الحقوق والمرافق يدخل الزرع والثمر في بيع الأرض.

وفي المنتقى برواية ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - أن الثمر والزرع لا يدخلان بذكر الحقوق والمرافق وإذا قال بكل قليل وكثير هو له منها أو فيها يدخل [استحسانًا.

= النبي ﷺ قال: من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع. قال أبي: كنت أستحسن هذا الحديث من هذا الطريق حتى رأيت من حديث بعض الثقات عن عكرمة بن خالد عن الزهري عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال أبي: فإذا الحديث قد عاد إلى الزهري عن سالم عن ابن عمر عن النبي ﷺ.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه][١] يدخل الزرع والثمر [في الألفاظ كلها.

وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة - رحمه الله - في آخر شرح المزارعة الكبير: أنه إذا قال في البيع: بكل قليل وكثير منها، على رواية كتاب الشرب: لا يدخل الزرع والثمر في البيع، وهكذا ذكر في المنتقى عن محمد - رحمه الله - لأن الزرع من جنس الأرض، وعلى رواية كتاب الشفعة والمزارعة: يدخل وإن قال: بكل قليل وكثير هو له فيها، يدخل، ومنها يدخل الثمر والزرع في البيع][٢] على الروايات كلها.

وفي المنتقى: إذا قال: بكل قليل وكثير منها، يدخل جميع ما فيها من الثمر والزرع والبقل والرياحين وغير ذلك.

وإن كان فيها زرع قد حصد أو ثمار قد صرمت، لا يدخل في البيع.

قال ابن أبي مالك: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - قال: هما سواء ويدخل الثمر في البيع.

وفي شرح القدوري - رحمه الله - وشرح القاضي الإمام الأسبيجابي: أن الزرع إنما لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكر إذا لم ينبت بعد، وهو ما إذا كان مغيبًا في الأرض، فمنهم من قال: لا يدخل؛ لأن لنهاية الأصول مدة معلومة فيما بين الناس فصار كالزرع.

ومنهم من قال: يدخل؛ لأن نهاية هذه الأشياء تتفاوت تفاوتًا فاحشًا بتفاوت الأراضي فصار كالأشجار، وصار الأصل: إن ما كان لقطعه مدة معلومة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الثمار لا يدخل في البيع من غير ذكر، وما ليس لقطعه مدة معلومة ونهاية معلومة بمنزلة الشجر فيدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.

والزعفران لا يدخل من غير ذكر وكذلك أصله، ذكره في العيون؛ لأنه يقطع كذلك فصار كالثمرة، والقصب لا يدخل في بيع الأرض من غير شرط، والقرو يدخل لأن القرو شجر لأن له سيقانا ولا يقطع أصله ولا كذلك القصب، وعلى هذا كله ما له ساق ولا يقطع أصله حتى كان شجرًا يدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر، وما لم يكن له هذه الصفة لا يدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر لأنه يكون بمنزلة الثمرة.

وإذا باع أرضًا وفيها حطب نابت لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكر، ذكره في العيون.

وفي البقالي عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الخلاف والحطب والقصب والرياحين والبقول: أنها للبائع.

وذكر الخصاف في الحطب والقصب والطرفاء وأنواع الخشب: أنها للمشتري.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن القصب للبائع.

وفي المنتقى: أن الشوك لمن أخذه بخلاف الحطب.

ذكر شيخ الإسلام في شرح المزارعة الكبير: أن الشجر الذي ذكره محمد - رحمه الله - في الكتاب أنه يدخل في بيع الأرض من غير ذكر: شجر يغرس للبقاء، أما الشجر الذي يغرس للقطع كشجر الحطب وغيره لا يدخل في البيع من غير ذكر.

وفي فتاوى أهل سمرقند: وإذا اشترى أرضًا وفيها أشجار وتقطع في كل ثلاث سنين إن كان يقلع من الأصل فهو للمشتري لأنه شجر، وهو الشجر الصغير الذي يباع في السوق في فصل الربيع، وإن كان يقطع من وجه الأرض فهو للبائع لأنه بمنزلة الثمر.

وإذا اشترى أشجار الفرصاد، لا تدخل الأوراق إلا بالشرط.

وفي العيون: اشترى نخلة في أرض بطريقها في الأرض ولم يبين موضع الطريق

وليس إليها طريق يعني من ناحية معروفة. قال أبو يوسف - رحمه الله -: الشراء جائز ويأخذ إلى النخلة طريقًا من أي ناحية أحب؛ لأن هذا ما لا يتفاوت حتى لو كان متفاوتًا كان البيع باطلاً.

وعن محمد - رحمه الله -: أن البيع باطل ما لم يبين الطريق لمكان الجهالة.

وفي فتاوى الفضلي: اشترى أرضًا وبجنبها أفدق وبين الأرض والأفداق مسناة وعلى المسناة أشجار وجعل حدود الأرض الأفدق، دخل المسناة وما عليه من الأشجار تحت البيع؛ لأنه جعل المسناة في الحد فيكون من جملة الحدود.

وقال في المنتقى: إذا اشترى نخلة فهذا على الجذع ولا يكون بأرضها.

واعلم بأن شراء الشجرة لا يخلو من وجوه:

إما أن يشتريها للقلع بدون الأرض، وفي هذا الوجه يؤمر المشتري بقلعها وله أن يقلعها بعروقها، وأصلها يدخل في بيع الأرض وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق ولكن يقلعها على ما عليه العرف والعادة، وإما أن يشتريها بشرط القطع على وجه الأرض.

أو يشتريها بشرط القلع لكن يكون في القلع مضرة للبائع نحو أن يكون بقرب الحائط أو ما أشبه ذلك، وفي هذا الوجه يؤمر المشتري أن يقطعها على وجه الأرض.

فإن قلعها أو قطعها ثم نبت من أصلها أو عروقها شجر فالنابت للبائع، وإن قطع من أعلى الشجرة فما نبت يكون للمشتري.

فأما إذا اشتراها مع قرارها من الأرض فإنه لا يؤمر المشتري بقلعها، ولو قلعها فله أن يغرس مكانها أخرى.

وأما إذا اشترى ولم يشترط شيئًا فعند أبي يوسف - رحمه الله -: الأرض لا تدخل في البيع، وعند محمد - رحمه الله -: تدخل، وله الشجرة مع قرارها من الأرض. هذه الجملة في بيوع شرح الطحاوي.

وأجمعوا على أن ما تحت الشجر من الأرض يدخل في القسمة.

وفي كتاب العيون في البيع قال: والهبة والصدقة والوصية.

وذكر شيخ الإسلام في كتاب القسمة: أن ما تحت الحائط من الأرض يدخل في بيع الحائط.

والمذكور في المنتقى: إذا باع حائطًا من دار فهذا بأرضه، قال ثمة: لأن الحائط بغير الأرض لا يسمى حائطًا.

وفي المنتقى أيضًا: قال أبو حنيفة - رحمه الله -: هو له بأصله وفي النخلة يقلعها بأصلها وفي البيع والهبة وكل شيء.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - مثل ذلك إلا أنه قال: أستحسن في الشجرة أنها له بأصلها.

فصار كحاصل الجواب في الشجرة. أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا تدخل الأرض في بيع الشجرة، وعن محمد - رحمه الله -: تدخل، وعن أبي يوسف - رحمه الله - روايتان.

وفي شراء بناء الدار لا تدخل الأرض تحت البيع من غير ذكر[1] ويؤمر المشتري أن يقلع البناء.

والخصاف في شروطه سوى بين بيع البناء، وقال: لا تدخل الأرض فيهما جميعًا من غير ذكر ويؤمر المشتري بنقض الحائط كما يؤمر المشتري بنقض البناء.

ثم في شراء البناء إذا لم تدخل الأرض تحت البيع فالآجر الذي تحت الخشب ويسمى بالفارسية (كداودة). هل يدخل تحت البيع؟

حكي عن الحاكم الإمام أبي محمد الكوسي: أن ما كان ظاهرًا على وجه الأرض يدخل، وما كان مغيبًا تحت الأرض لا يدخل، والجواب في شراء الجدار وشراء الحائط. يدخل ما تحته من الأرض في البيع غير ذكر؛ كما في الحائط بخلاف

(١) زاد في م: وما.

البناء، هكذا ذكره الحاكم الإمام أبو محمد.

وفي أي موضع دخل ما تحت الأرض من الشجر فإنما يدخل بقدر غلظ الشجرة وقت مباشرة ذلك التصرف حتى لو ازدادت الشجرة غلظًا تحت الأرض كان لصاحب الأرض أن ينحت، ولا يدخل تحت البيع من الأرض ما يتناهى إليه العروق والأغصان، وعليه الفتوى.

وفي المنتقى: إذا قال لغيره: بعت منك هذا المبطخ، فهذا على البطيخ إن كان فيه بطيخ، وكذلك المبقلة إذا كان فيها بقل، وكذلك هذه الرطبة.

ولو قال: بعت هذا الكرم أو هذه النخيل فهذا على الأرض.

قال ولو أراد بالنخيل البستان الذي يقال له بالفارسية (درحت لسان) فقد حكينا قبل هذا رواية المنتقى: أن من اشترى نخلة فهذا على الجذع ولا يكون بأرضها، وإذا قال: بعت هذا الكرم، أو هذا النخيل وفيه تمر أو عنب، فإني أنظر إلى الثمن فإن كان ذلك ثمنًا للعنب أو التمر فهو على العنب والتمر، وإن كان ثمنًا للنخيل والكرم فهو على النخيل والكرم. ذكره في المنتقى ولم ينسبه إلى أحد، وهو نظير ما ذكر في دعوى العيون.

إذا اشترى الرجل من آخر مزبلة بمائة درهم ثم اختلفا فقال المشتري: إنما اشتريت منك الأرض، وقال البائع: بعتك الكناسة، إن كان مثل ذلك الثمن يكون للأرض قضيت ببيع الأرض، وإن كان مثل ذلك الثمن لا يكون للأرض قضيت ببيع المزبلة دون الأرض.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال لغيره بعتك كرمي هذا أو بستاني هذا، فهذا على الكرم بأصله والبستان بأرضه فإن كان في البستان أو النخيل أو الكرم ثمر فهذا كله على الثمر البستان والنخيل والكرم، ولم يقل: ينظر إلى الثمن، كما في المسألة المتقدمة. والله أعلم.

وفي المنتقى رواية مجهولة: إذا قال لغيره: بعتك قريتي التي يقال لها كذا وكذا،

ولم يسم حدودها فهو على موضع القرية البناء والبيوت دون المتخرب، ولو باع قرية بأرض لها وللبائع قرية أخرى بجنبها فقال: بعتك هذه القرية [أحد حدودها أو الثاني أو الثالث أو الرابع قرية البائع، تدخل أرض هذه القرية التي لم يبعها في أرض القرية التي باعها مما يليها](١)، وإن قال: أحد حدود هذه القرية](٢) - أرض قرية كذا - لم يدخل فيه أرض القرية التي لم يبعها.

وفي فتاوى أهل سمرقند: اشترى شجرة بعروقها وقد نبت من عروقها أشجار، فإن كانت الأشجار النابتة بحيث لو قطعت شجرة الأصل يبست، صارت مبيعة وإلا فلا؛ لأنها إذا كانت تبين بقطع الشجرة كانت نابتة من هذه الشجرة فكانت مبيعة.

ذكر في النوازل، وفي العيون، وفتاوى الفضلي: أن من اشترى أشجارًا وعليها [ثمار](٣) إلا أنها بحال لا قيمة لها فإنها للمشتري.

وذكر في فتاوى الفضلي علة المسألة فقال: لأن بائعها لو قصد بيعها على الانفراد لا يجوز.

وفي الجواب نظر وفي التعليل كذلك، وينبغي أن تكون الثمار [للبائع](٤) لما ذكرنا قبل هذا، وبيعها على الانفراد جائز وهو الصحيح على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

* * *

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

نوع آخر:

إذا اشترى من آخر جارية وعليها ثياب[١] تباع مثلها فيها، فتدخل الثياب تحت المبيع بحكم العرف.

فإنما تدخل ثياب مثلها إن شاء البائع أعطاها التي عليها، وإن شاء أعطاها غير ذلك؛ لأن الدخول بحكم العرف، [والعرف][٢] في كسوة مثلها لا بعينها، هكذا ذكر المسألة في العيون.

وليس معنى قوله: دخل الثياب تحت البيع، أنه يصير للثياب حصة من الثمن، بل لا يصير، حتى لو استحق شيئًا من الثياب من يدي المشتري، أو وجد المشتري بالثياب عيبًا لم يرجع على البائع بشيء من الثمن في فصل الاستحقاق، ولا يرد الثياب في فصل العيب.

وإنما معناه: أن للمشتري أن يطالب البائع بذلك، وكذلك إذا وجد بالجارية عيبًا ردها ورد معها ثيابها، وإن لم يجد بالثياب عيبًا.

وذكر هذه المسألة في النوازل ووضعها في الغلام [فقال: إذا باع غلامًا وعليه ثياب دخل الثياب في العقد، فلو استحقت ثياب][٣] الغلام لا يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن؛ لأن الثياب لم تدخل تحت البيع [قصدًا][٤] حتى يصير له حصة من الثمن فيردها بالعيب ويرجع ببعض الثمن في[٥] الاستحقاق[٦]، ولكن

---

(١) زاد في أ: التي.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: عن.
(٦) يقال: استحق الشيء، أي: استوجبه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسْتَحَقَّآ إِثْمًا﴾ [المائدة: ١٠٧] أي: استوجباه. ويقال: استحق الدار على المشتري الذي اشتراها، أي: ملكها عليه وأخرجها الحاكم من يد المشتري إلى يد من استحقها. ونقل الفقيه ابن عابدين عن الفارابي: استحق فلان الأمر: استوجبه، والأمر مستحق - بفتح الحاء - ومنه قولهم: خرج المبيع مستحقا.
=

للمشتري مطالبة البائع بذلك؛ لأن البائع صار مملكًا ذلك للمشتري[١] تبعًا للمبيع عرفًا، ولو وجد بالغلام عيبًا يرده.

وفي النوازل أيضًا: إذا باع حمارًا، دخل العذار ويسمى بالفارسية (فسار) تحت البيع بحكم [العرف][٢]، وإذا باع حمارًا موكفا دخل الإكاف والبردعة في البيع بحكم العرف، وإذا لم يكن عليه بردعة ولا إكاف لا تدخل البردعة والإكاف، كذا اختاره الصدر الشهيد - رحمه الله -.

وإذا كان موكفا ودخل الإكاف والبردعة، لا يكون له حصة من الثمن على نحو ما ذكرنا في ثياب الجارية والغلام.

وبعض المشايخ قالوا: إذا كان على الحمار إكاف وبردعة دخلا في العقد إذا كان عليه بردعة ولم يكن عليه إكاف تدخل البردعة ولا يدخل الإكاف، وإذا كان عريانا لا يدخل شيء من ذلك في البيع، وهذا القائل يفرق بين الحمار [وبين][٣] الجارية والغلام فإن الجارية أو الغلام إذا بيع وليس عليه ثياب تدخل [ثياب][٤] مثله [في العقد؛ لأن الغلام والجارية لا يباعان عادة عريانا، بخلاف الحمار فإنه يباع عريانا، كما يباع][٥] مع البردعة والإكاف.

ولم يذكر في شيء من الكتب ما إذا باع فرسا وعليه سرج.

قيل: وينبغي ألا يدخل السرج في البيع [إلا بالتنصيص][٦] عليه أو يكون الثمن

= الاستحقاق في الاصطلاح: يعرفه فقهاء الحنفية بأنه: ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير.
ويعرفه فقهاء المالكية بأنه: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض.
ينظر: لسان العرب (٢/ ٩٣٩) مادة (حقق)، ورد المحتار على الدر المختار (٥/ ١٩١)، والتاج والإكليل (٧/ ٣٤٠)، مواهب الجليل (٥/ ٢٩٥)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٢).

(١) في أ: من المشتري.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: لأن التنصيص.

شيئًا كثيرًا لا يشترى ذلك الفرس عادة بمثل ذلك الثمن إلا مع مثل ذلك السرج؛ لأن العادة ما جرت ببيع الفرس مع السرج ولا كذلك بيع الحمار، وبيع الغلام والجارية.

قال هشام - رحمه الله -: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن رجل باع جارية وعليه قلب فضة أو قرطان ولم يشترطا(١) والبائع ينكر، قال: لا يدخل شيء من الحلي في البيع، فإن سلم البائع الحلي [لها](٢) فهو لها، وإن سكت عن طلبه وهو يراه، فهو بمنزلة ما لو سلم ذلك لها.

وفي صلح فتاوى الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: عبد له مال باعه المولى مع ماله قال: إن لم يسم ماله فالبيع فاسد.

وقيل: معنى قوله: إن لم يسم ماله، أنه باع العبد مع ماله ولكن لم يبين مقداره.

أما إذا باع العبد وسكت عن ذكر المال فالبيع يكون جائزًا، ويكون المال للبائع وهو الصحيح، ولو كان باعه مع ماله وسماه أي سمى مقدار [ماله](٣) ينظر: إن [كان](٤) ثمن العبد من جنس ماله، فإن كان مال العبد دراهم وثمن العبد أيضًا دراهم، أو كان مال العبد دنانير وثمن العبد أيضًا دنانير، لابد وأن يكون الثمن أزيد على مال العبد ليكون بإزاء مال العبد من الثمن قدره والباقي يكون بإزاء العبد، فأما إذا كان ثمن العبد [أقل من مال العبد](٥) أو مثله لا يجوز.

وإن كان ثمن العبد من خلاف جنس [مال العبد](٦) بأن كان ثمن العبد دراهم ومال العبد دنانير أو على العكس يجوز كيف ما كان ثمن العبد، ولكن يشترط قبض حصة الصرف في المجلس، فإن افترقا قبل القبض بطل العقد بحصة الصرف وبقي حصة العبد.

(١) في م: يشترط.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: ماله.

وإن كان مال العبد دينا أو بعضه دينا فالعقد فاسد.

ذكر شيخ الإسلام في شرح السير الكبير في بيع ما يصاب مع الشيء من المال: أن من باع عبدًا وله مال ولم يشترط المال، كان ذلك المال للبائع إذا اكتسبه العبد في ملك البائع؛ لأن ما اكتسبه العبد في ملك البائع [من مال][١] البائع ولم يشترط للمشتري فيكون للبائع، ويستوي الجواب فيه بين ما إذا علم البائع أن كسب العبد مع العبد وسكت عنه عند البيع، أو لم يعلم، ففي الحالين جميعًا الكسب للبائع؛ لأن ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط البائع»[٢] لا يوجب الفصل بين العلم وعدم العلم.

فإن كان البائع شرط ذلك للمشتري في البيع [هل][٣] يملك المشتري؟ الجواب فيه على التفصيل:

إن كان [ما][٤] في يد العبد مال اكتسبه العبد من[٥] ملك هذا البائع أو وهب له في ملك هذا البائع حتى كان ملكًا للبائع وقد شرط للمشتري [فهو ملك المشتري][٦] لأن ما اكتسب العبد في ملك هذا البائع وقد باعه من المشتري فيصير للمشتري [كما صار للعبد للمشتري][٧] بالبيع لأن العبد ملك البائع.

فأما إذا كان ما في يد العبد مال اكتسبه العبد في ملك بائع بائعه من هذا البائع الثاني، ولم يكن اشترط البائع الأول للثاني، والبائع الثاني شرط ذلك للمشتري منه فإنه لا يملكه؛ لأن هذا المال مال البائع الأول وقد بقي على ملكه ما لم يشترط للبائع الثاني، فصار البائع الثاني بائعًا ما في يد العبد من المشتري الثاني وهو ملك غيره فلا يملكه المشتري الثاني. والله أعلم.

---

(١) في م: ملك.

(٢) أخرجه البخارى (٤/ ٤٠١) كتاب البيوع، باب: من باع نخلاً قد أبرت، الحديث (٢٢٠٤)، ومسلم (٣/ ١١٧٢) كتاب البيوع، باب: من باع نخلا عليها تمر، الحديث (٧٧/ ١٥٤٣).

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: في.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل:

اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة فهي له؛ لأنها تتولد من الصدفة بمنزلة البيضة من الطير.

وفي نوادر ابن رستم: اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي للبائع ولو كان في بطنها صدف وفي الصدف لؤلؤة فهي للمشتري. فكل شيء لا يكون غذاء [للسمك فللبائع، وما يكون غذاء للسمك][(١)] فهو للمشتري.

اصطاد سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي له، فإن باع السمكة فوجد المشتري اللؤلؤة إن كانت في الصدف للمشتري وإلا فللصائد وهي لقطة في صيد شيخ الإسلام. وفي بيوع العيون، وسيأتي في صيد هذا الكتاب.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: كل شيء وجد في حوصلة الطائر مما يأكل فللمشتري، وإن كان من غيره فللبائع.

وروى هشام عن محمد: من اشترى سمكة أو صدفا فوجد في بطن السمكة لؤلؤة فللمشتري، وإن كان في الدجاجة لؤلؤة فللبائع؛ لأن اللؤلؤة تتولد من الصدف كبيض السمك [والسمك][(٢)] يأكل حيوان البحر فما وجد فيها منه فللمشتري كسمكة أخرى، أما الدجاجة لا يخلق فيها اللؤلؤ ولا هي من علفها فلا يكون فيها[(٣)] فلا يملكها مشتريها، في باب بيع الحمل من القدوري.

وفي باب المعدن[(٤)] من زكاته: اشترى سمكة فوجد في بطنها سمكة أخرى فهما

---

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: السمك.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: بينها.

(٤) المعدن لغة: مكان كل شيء فيه أصله ومركزه، وموضع استخراج الجوهر من ذهب ونحوه.
وفي الاصطلاح: قال ابن الهمام: وأصل المعدن المكان بقيد الاستقرار فيه، ثم اشتهر في نفس الأجزاء المستقرة التي ركبها الله تعالى في الأرض حتى صار الانتقال من اللفظ إليه ابتداء بلا قرينة. وقال البهوتي: هو كل ما تولد في الأرض من غير جنسها ليس نباتا.
ينظر: المعجم الوسيط، مادة (عدن)، فتح القدير، للكمال بن الهمام (٢/ ١٧٩، ١٨٢)، وحاشية ابن عابدين (١/ ٤٤، ٤٦)، والفتاوى الهندية (١/ ١٨٤، ١٨٥)، وتبيين =

للمشتري، ولو وجد في بطنها لؤلؤة أو وجد في السمكة التي في بطنها فهي للبائع، ولو وجد في بطنها صدفًا فيه لحم وفي اللحم لؤلؤة كما تكون اللؤلؤة في الأصداف فهي للمشتري.

[وكذلك][1] لو اشترى أصدافًا ليأكل ما فيه من اللحم فوجد في بعضها لؤلؤة في اللحم فهي له، كذا ذكر في أول بيوع المنتقى.

وذكر بعد هذا: باع سمكة وفي بطنها لؤلؤة أو سمكة فهي للبائع ولو كان فيها عنبر[2] يكون للمشتري لأنه طعامها فهو حشيش يأكله السمك في البحر، ولو كان في بطنها صدفة وفي الصدفة لؤلؤة فهي للمشتري، في قسمة [هذا][3] الكتاب، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

= الحقائق (١/ ٢٨٨)، والدر المختار (٥/ ٢٧٨، ٢٧٩)، والمقدمات الممهدات، لابن رشد (١/ ٢٢٤ - ٢٢٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ٤٨٧)، والقوانين الفقهية، ص (٧٠)، وحاشية الشرقاوي على التحرير (١/ ١٨١، ١٨٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٧٢، ٣٧٣)، وكشاف القناع (١/ ٢٢٢)، والإنصاف (٣/ ١١٩، ١٢٠)، والأحكام السلطانية، لأبي يعلى، ص (٢٣٥، ٢٣٦)، والمغني، لابن قدامة (٣/ ٢٤-٢٩).

(١) سقط في م.

(٢) في م: غير ذلك.

(٣) سقط في م.

الفصل السادس
في بيان ما يجوز بيعه، وما لا يجوز

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع [من ذلك][(١)] في بيع الدين بالدين، وبيع الأثمان، وبطلان العقد بسبب الافتراق عن المجلس قبل القبض.

الأصل أن بيع الدين بالدين [جائز][(٢)] إذا حصل الافتراق بعد قبض البدلين حقيقة سوء [كان][(٣)] عقد صرف، أو لم يكن. حتى إن من باع من آخر دينارًا بعشرة دراهم حتى [كان [العقد][(٤)]][(٥)] صرفًا ولم يكن الدينار والدراهم بحضرتهما ثم نقدا الدينار و[الدراهم][(٦)] في المجلس وتقابضا وتفرقا جاز، وكذلك إذا اشترى فلوسًا أو طعاما بدراهم حتى لم يكن العقد صرفا ولم يكن الكل بحضرتهما، ثم نقدا في المجلس وتقابضا وتفرقا جاز؛ وهذا لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة؛ ألا ترى أن القبول في آخر المجلس جعل[(٧)] كالقبول في أول المجلس، فكذا النقد والقبض في أول المجلس يجعل كالنقد في آخر المجلس، وكذا إذا حصل الافتراق بعد قبض البدلين حكما كان العقد جائزًا سواء كان عقد صرف أو لم يكن، حتى إن من كان [له][(٨)] على آخر دينار وللآخر عليه [دراهم فاشترى كل واحد ما عليه لصاحبه بماله على صاحبه حتى كان العقد صرفا وتفرقا عن المجلس، جاز.

وكذا إذا كان لرجل على آخر طعام أو فلوس وللآخر عليه][(٩)] دراهم أو دنانير

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: جعله.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في م.

فاشترى من عليه الفلوس أو الطعام ما عليه من الطعام أو الفلوس بماله من الدراهم أو الدنانير وتفرقا عن المجلس، جاز.

هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح الجامع في باب البيوع في العروض والديون.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني في شرح هذا الباب: أن الافتراق بعد قبض البدلين حكما فيما ليس بصرف يوجب بطلان العقد، [وفيما هو صرف لا يوجب بطلان العقد][(١)]، وأشار إلى الفرق، فقال في باب الصرف: التقابض في المجلس ليس بشرط الجواز، وإنما الشرط أن يحصل الافتراق وليس بينهما عمل، [عملاً][(٢)] بحديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - فإنه سأل رسول الله ﷺ وقال: إني أكري الإبل من البقيع إلى مكة بالدراهم وآخذ مكانها دنانير، أو بالدنانير وآخذ مكانها دراهم، فقال عليه السلام: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها وقد افترقتما وليس بينكما بيع شيء[(٣)]»[(٤)].

---

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: عمل.

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٥٠ ٦٥١) كتاب البيوع، باب: في اقتضاء الذهب من الورق، الحديث (٣٣٥٤)، وأحمد (٢/ ١٣٩)، والترمذي (٣/ ٥٤٤) كتاب البيوع، باب: ما جاء في الصرف، الحديث (١٢٤٢)، والنسائي (٧/ ٢٨٣) كتاب البيوع، باب: أخذ الورق من الذهب، وابن ماجه (٢/ ٧٦٠) كتاب التجارات، باب: اقتضاء الذهب من الورق، الحديث (٢٢٦٢)، وابن حبان (١١٢٨ -موارد)، وابن الجارود، ص (٢٢٠) باب: ما جاء في الربا، الحديث (٦٥٥)، والدارقطني (٣/ ٢٣ ٢٤) كتاب البيوع، الحديث (٨١)، والحاكم (٢/ ٤٤) كتاب البيوع، والبيهقي (٥/ ٢٨٤) كتاب البيوع، باب: اقتضاء الذهب من الورق، كلهم من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر به بزيادة «ما لم تفترقا وبينكما شيء» وقال الحاكم: (صحيح على شرط مسلم) وقال الترمذي: (لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، وروى داود بن أبي هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير عن ابن عمر مرفوعًا). وقال البيهقي: (تفرد برفعه سماك بن حرب عن سعيد بن جبير من أصحاب ابن عمر). قال الحافظ في التلخيص (٣/ ٢٦): وروى البيهقي من طريق أبي داود الطيالسي قال: سئل شعبة عن حديث سماك هذا، فقال =

معناه: إذا افترقتما ولا يبقى البدلين دينا لأحدكما في ذمة الآخر بعدما تفرقتما، فقد جوز رسول الله ﷺ بيع الدين بالدين وإن كان صرفا إذا[١] تفرقا وليس بينهما عمل على التفسير الذي قلنا، وأما في غير الصرف[٢] الشرط أن يكون الافتراق عن عين بعين أو عن عين بدين؛ ألا ترى أن من اشترى حنطة بحنطة [أو حنطة][٣] بدراهم، وافترقا من غير قبض جاز لأنهما افترقا عن عين بعين، أو عين بدين.

قلنا: وقد [قبضا البدلين حكما ما افترقا عن عين بعين ولا عن عين بدين، وأما إذا افترقا بعد][٤] قبض البدلين أحدهما حقيقة والآخر حكما كان البيع جائزا سواء كان عقد صرف أو لم يكن، فإن من كان له على آخر دراهم فاشترى من عليه الدراهم [الدراهم][٥] بدينار حتى كان العقد صرفا ونقد الدينار وتفرقا، جاز، وهذا افتراق [حصل عليه][٦] فلوس أو طعام فاشترى من عليه الفلوس أو الطعام ذلك بدينار حتى لم يكن العقد صرفا ونقد الدينار وتفرقا، جاز، وهذا افتراق حصل بعد قبض البدلين أحدهما حقيقة والآخر حكما.

وذكر مسألة الطعام في صلح الفتاوى [وقال: لا يجوز البيع وإن نقد الدراهم في المجلس، قالوا: وما ذكر في صلح الفتاوى][٧] محمول على ما إذا كان الطعام

= شعبة: سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه، ونا قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه، ونا يحيى بن أبي إسحاق عن سالم عن ابن عمر ولم يرفعه، ورفعه لنا سماك بن حرب وأنا أفرقه. ا.هـ. وقد تعقب النووي في «المجموع» (٩/ ٣٢٩، ٣٣٠) قول البيهقي فقال: وهذا لا يقدح في رفعه وقد قدمنا مرات أن الحديث إذا رواه بعضهم مرسلاً وبعضهم متصلاً وبعضهم موقوفًا وبعضهم مرفوعًا كان محكومًا بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذي قاله الفقهاء والأصوليون ومحققو المحدثين من المتقدمين والمتأخرين.

(١) في م: ثم.
(٢) في أ: العرف.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

مسلما فيه؛ لأن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز. أما إذا لم يكن مسلما فيه بأن كان ثمن بيع أو قرض يجوز.

ثم الأصل في جواز عقد الصرف بعد قبض أحد البدلين أحدهما حقيقة والآخر حكما حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - على ما روينا[١].

فقد جوز رسول الله ﷺ بيع الدين بالدين إذا افترقا بعد قبض البدلين أحدهما حقيقة والآخر حكما في غير عقد الصرف، وإنه يدل على جوازه بعد قبض البدلين حقيقة فيما هو صرف وفيما ليس بصرف، والمعنى في ذلك: أن أحد البدلين إذا كان مقبوضا حقيقة والآخر حكما، فقد ترجح جانب العينية على جانب الدينية؛ لأن أحدهما مقبوض حقيقة وحكما، والآخر مقبوض حكما، والعبرة للراجح[٢] في أحكام الشرع.

وأما إذا حصل الافتراق بعد قبض أحد [البدلين لا غير إما حقيقة أو حكما فإن حصل الافتراق بعد قبض أحد][٣] البدلين حقيقة جاز في غير الصرف ولم يجز في الصرف.

بيانه: فيمن اشترى دينارًا بعشرة دراهم حتى كان العقد صرفًا فقبض الدينار ولم يسلم العشرة أو قبض العشرة ولم يسلم الدينار حتى تفرقا كان البيع باطلاً.

ولو اشترى فلوسا أو طعاما بدراهم حتى لم يكن العقد صرفا وتفرقا بعد [قبض][٤] أحد البدلين [حقيقة يجوز؛ لأن الشرط في الصرف أن يتفرقا وليس بينهما عمل، وبعد قبض أحد البدلين حقيقة][٥] افترقا وبينهما عمل فإنه يحتاج إلى قبض البدل الآخر، والشرط فيما ليس بصرف أن يفترقا عن عين بعين، أو عين[٦] بدين،

(١) تقدم.
(٢) في أ: للمعنى.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ.
(٦) زاد في م: بلا.

وإذا افترقا بعد قبض [أحد البدلين حقيقة فقد افترقا عن عين بدين، فإن حصل الافتراق بعد قبض أحد][١] البدلين حكما لا غير، لا يجوز سواء كان العقد صرفا أو لم يكن.

بيانه: [فيما إذا][٢] كان لرجل على رجل دينار فاشترى من عليه الدينار [الدينار][٣] بعشرة دراهم حتى كان العقد صرفا وتفرقا قبل نقد العشرة كان العقد باطلا [مع أن][٤] أحد البدلين مقبوض[٥].

وكذلك إذا كان لرجل على غيره فلوس أو طعام، فاشترى من عليه الفلوس أو الطعام [الفلوس أو الطعام][٦] بدراهم وتفرقا قبل نقد الدراهم، كان العقد باطلا، وهذا فصل يجب حفظه، والناس عنه غافلون.

فإن العادة فيما بين الناس أن من كان له على آخر حنطة، أو شعير أو ما أشبه ذلك فصاحبها يأخذ ممن عليه عند غلاء السعر حطا بالذهب[٧] أو الفضة[٨] عن ذلك ويسمون ذلك فيما بينهم (كندم بما كردني) فإنه فاسد لكونهما[٩] افترقا عن دين بدين، والمعنى ما ذكرنا أن الشرط في عقد الصرف أن يتفرقا وليس بينهما عمل،

---

(١) سقط في م.

(٢) في م: فيمن.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: مقبوضين.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) الذهب: معدن ثمين معروف، ويقال له تبر، ويجمع على أذهاب مثل سبب وأسباب.
ينظر: مختار الصحاح، للرازي (١/ ٩٤)، لسان العرب (١/ ٣٩٤)، المصباح المنير، ص (٢١٠)، الموسوعة الفقهية (٢١/ ٢٧٩).

(٨) الفضة: نوع من المعدن سميت كذلك لأنها تنفض وتتفرق.
ينظر: مختار الصحاح، مادة (عرض) (١/ ٤٦١)، وتهذيب اللغة (١/ ٢٨٩)، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص (١٠٩)، وينظر: الشرح الكبير (٢/ ٦٢٣)، الأموال، لأبي عبيد القاسم بن سلام، ص (٤٢٣)، تحرير ألفاظ التنبيه، ص (١١٤).

(٩) في م: لكونه.

وبعد قبض أحد البدلين حكما افترقا [عن عمل][١] والشرط في غير عقد الصرف أن يفترقا عن عين بدين، أو [عن][٢] دين بعين، وبعد قبض أحد البدلين حكما لا غير لم يوجد الافتراق عن عين بدين ولا عن دين بعين فلهذا لم يجز.

وإذا اشترى دراهم بيضاء فأعطاه البائع مكانها سوداء، لو رضي به المشتري جاز؛ لأن السود دراهم ولكن مع العيب؛ ولأن[٣] الجنس واحد، فإذا رضي المشتري بسقوط[٤] حقه عن الجودة كان مستوفيا [لا][٥] مستبدلا فيجوز من السود المضروب من النقرة السوداء لا[٦] الدراهم البخارية، حتى لو قبض مكان الدراهم البيض بخارية لا يجوز؛ لأن الجنس يختلف فيكون هذا استبدالا فلا يجوز.

وإذا أعطى البيض مكان السود ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - والشيخ أبو الحسن القدوري: أنه يجبر على القبول، وإليه أشار عصام - رحمه الله - في مختصره.

وذكر شمس الإسلام في شرحه: أن المديون إذا قضى أجود مما عليه لا يجبر رب الدين على القبول.

وإذا باع فلسا بفلسين حالة الرواج فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما وفي هذا الوجه البيع فاسد لوجهين:

أحدهما: أن هذا بيع الدين بالدين.

والثاني: أن الجنس بانفراده محرم للنساء عندنا على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

---

(١) في م: عملا.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ، م: وكان.
(٤) في م: يسقط.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: إلا.

الوجه الثاني: إذا باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما وفي هذا الوجه البيع جائز في قول أبي حنيفه، وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد - رحمه الله -: لا يجوز.

وجه قوله: أن الفلوس أثمان حتى لا تتعين بالتعيين وبيع الأثمان واحدا بالاثنين لا يجوز كبيع الدراهم والدنانير واحدا باثنين، ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -: أن ثمنية الفلوس إنما تثبت باصطلاح الناس فإذا عيناه فقد أبطلا جهة الثمنية فعادت سلعة كما كانت فيجوز البيع متساويا ومتفاضلا.

فإن قيل: الثمنية [تثبت][1] باصطلاح الكل، فلا تبطل باصطلاحهما ولا باصطلاح غيرهما؛ لأنه لا ولاية لهما على غيرهما.

ولو قلنا: إن الثمنية لا تبطل؛ لأن ربا النقد[2] إنما يجري بالجنس والقدر وهو

(١) سقط في م.

(٢) انعقد الإجماع على تحريم ربا النقد، ويسمى ربا الفضل، وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع، وذلك على النحو التالي:

أولا الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾. وجه الدلالة: هذه الآية دليل على تحريم ربا الفضل فالبيع هنا عام، ولكنه خصص بالربا وقوله: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ الألف واللام للعهد فيشمل جميع أنواع الربا.

ثانيًا: السنة النبوية:

دلت السنة النبوية المطهرة على تحريم ربا الفضل وذلك فيما يلي:

١- روى أَبو سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلَا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ، إِلا وَزْنًا بِوَزْنٍ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ» [أخرجه البخاري (٤/ ٣٧٩، ٣٨٠) كتاب البيوع، باب: بيع الفضة بالفضة، حديث (٢١٧٧)، ومسلم (٣/ ١٢٠٨) كتاب المساقاة، باب: الربا، حديث (٧٥/ ١٥٨٤)].

٢- وعنه أيضًا أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ، قَالَ: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ. إِلا مِثْلًا بِمِثْلٍ. وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ؛ وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ. إِلا مِثْلًا بِمِثْلٍ. وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ؛ وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئًا غَائِبًا بِنَاجِزٍ» [أخرجه البخاري (٤/ ٣٧٩، ٣٨٠) كتاب البيوع، باب: بيع الفضة بالفضة، حديث (٢١٧٧)، ومسلم (٣/ ١٢٠٨) كتاب المساقاة، باب: الربا، حديث (٧٥/ ١٥٨٤)].

٣- وعن عُمَرَ رضي الله عنه، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِبًا إِلا هَاءَ وَهَاءَ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ رِبًا إِلا هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبًا إِلا هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِبًا إِلا هَاءَ وَهَاءَ» [أخرجه البخاري (٤/ ٤٠٨) في كتاب البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام =

الكيل أو الوزن، وهاهنا إن وجد الجنس لم يوجد القدر، أما الكيل فظاهر، وأما الوزن فإن الناس تعارفوا بيع الفلوس عددا لا وزنا، ولهذا قلنا: إذا باع فلسا بعينه بفلس بعينه وأحدهما أثقل وزنا من الآخر أنه يجوز، ولو كان موزونا لكان لا يجوز، كما إذا باع درهما بدرهم وأحدهما أثقل وزنا من الآخر وهاهنا لما جاز علمنا أن الوزن ساقط الاعتبار في الفلوس فلم يوجد إلا الجنس فلا يجري الربا.

قال شيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: وكل جواب ذكرناه في الفلوس فهو الجواب في الدراهم البخارية - أعني بها الغطارفة - لأنها من جملة الفلوس لأنها صفر [كالفلوس][١] وكذلك الجواب في الرصاص والستوق.

قالوا: ويجب أن يكون الجواب في العدالي كذلك؛ لأن الصفر فيه غالب فصار بمنزلة الفلوس.

الوجه الثالث: إذا كان أحد البدلين عينا والآخر دينا، وفي هذا الوجه: إن كان[٢] ما في الذمة مؤجلا [لا يجوز البيع لما ذكرنا أن الجنس بانفراده يحرم للنساء عندنا.

= والحكرة (٢١٣٤)، (٤/ ٤٤١، ٤٤٢)، في البيوع، باب: التمر بالتمر (٢١٧٠)، وفي باب بيع الشعير بالشعير (٢١٧٤)، ومسلم (٣/ ١٢٠٩)، في المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا (٧٩/ ١٥٨٦)].

٤- وعَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، مِثْلاً بِمِثْلٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ».

ثالثا الإجماع: أجمع المسلمون على تحريمه ولم يعرف مخالف، إلا ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنه - وقال الترمذي: بعد ذكره حديث أبي سعيد عن النبي ﷺ وفي الباب عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وأبي هريرة، وهشام بن عامر، والبراء، وزيد بن أرقم، وفضالة بن عبيد، وأبي بكرة، وابن عمر، وأبي الدرداء، وبلال. وحديث أبي سعيد عن النبي ﷺ في الربا، حديث حسن صحيح. والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم [سنن الترمذي، باب: ما جاء في الصرف (٣/ ٥٤٢)].

ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٠٦، ٣٠٧)، فتح القدير (٦/ ١٤٦، ١٥٣)، مواهب الجليل (٣/ ٣٠٠)، بلغة السالك (٣/ ٤٦، ٤٧)، المجموع (٩/ ٣٩١)، كشاف القناع (٣/ ٥٤٢).

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، م: كل.

وإن كان ما في الذمة غير مؤجل][1] لا شك أن على قول محمد - رحمه الله - لا يجوز؛ لأن عنده لو باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما لا يجوز؛ فإذا كان أحد البدلين بغير عينه أولى.

وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - فقد اختلف المشايخ.

بعضهم قال[2]: يجوز؛ لأن الفلوس عندهما بمنزلة العرض تتعين بالتعيين حال [مقابلتها بجنسها][3] ولهذا قال: لو باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما [وفي هذا الوجه: البيع جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله][4] كما لو باع قمقمة بقمقمتين، وإذا صار الفلس المعين على مذهبهما بمنزلة العرض كان بمنزلة ما لو باع عرضا بعينه بفلسين في الذمة.

ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأن الفلس[5] عندهما إنما يتعين بالتعيين حال تعيين البدلين، أما حال تعيين أحد البدلين [فلا][6]؛ وهذا لأن الفلوس الرائجة لها حكم العروض من وجه، ولهذا في ظاهر الرواية يجوز السلم في الفلوس، والسلم إنما يجوز في المثمنات لا في الأثمان - فمن هذا الوجه الفلوس بمنزلة العروض ولها حكم الأثمان من وجه.

ولهذا قالوا: إذا قوبلت بخلاف جنسها لا تتعين كالدراهم والدنانير حتى لو هلكت الفلوس المشار إليها لا يبطل العقد، فإذا كان للفلوس حكم العروض من وجه وحكم الأثمان من وجه وفر على الشبهين حظهما فلشبههما بالعروض قالا بالتعيين حال تعيين أحد البدلين إلحاقا لهما بالعروض، ولشبههما بالدراهم قالا بعدم التعيين حال تعيين أحد البدلين إلحاقا لهما بالدراهم، وإذا ألحقناها بالدراهم في هذه

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: قالوا لا، وفي م: قالوا.
(٣) في م: مقابلته بجنسه.
(٤) زاد في أ: يجوز، وبدل ما بين المعقوفين في م: يجوز.
(٥) في أ، م: الفلسين.
(٦) سقط في أ.

الحالة كانت بمنزلة ما لو باع درهما بعينه بدرهمين بغير أعيانهما[1].

ثم إذا باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما حتى جاز العقد عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - هل يشترط التقابض في المجلس؟ ذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في صرف الأصل ولم يشترط التقابض فهذا دليل على أن التقابض ليس بشرط.

وذكر في الجامع الصغير ما يدل على أنه شرط فإنه قال: إذا باع فلسا بفلسين يجوز يدا بيد إذا كان بعينه.

ومن مشايخنا من لم يصحح ما ذكر في الجامع الصغير؛ لأن التقابض مع العينية إنما يشترط في الصرف وهذا ليس بصرف.

ومن مشايخنا من صحح ما ذكر في الجامع الصغير؛ لأن الفلوس لها حكم العروض من وجه وحكم الدراهم [من وجه][2] فمن حيث إن لها حكم العروض جوزنا بيع واحد باثنين إذا كانا عينين كما لو باع سيفا بسيفين، ومن حيث إن لها حكم الدراهم شرط التقابض في المجلس مع العينية عملا بالدليلين بقدر الإمكان.

وذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه: إذا باع الفلس [بالفلس][3] وقبض أحدهما ما اشترى ولم يقبض الآخر حتى تفرقا أو تقابضا ثم استحق ما في يد أحدهما بعد الافتراق فالعقد صحيح على حاله.

وكذلك لو باع الفلوس بالدراهم أو بالدنانير فقد اكتفى بقبض أحد البدلين لصحة هذا العقد ولبقائه على الصحة فهذا دليل على أن التقابض ليس بشرط.

وفي المنتقى رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: إذا اشترى فلوسا بدراهم وليس عند هذا فلوس ولا عند هذا دراهم، ثم إن أحدهما دفع وتفرقا، جاز.

وفيه أيضا: إذا باع مائة فلس بدرهم نقدا أو نسيئه ونقد الدراهم قبل التفرق، جاز

---

(١) في م: أثمانهما.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.

والفلوس عليه.

فهذا كله أمارة[١] إلى أن التقابض في بيع الفلوس بالدراهم ليس بشرط.

وروى هشام عن محمد - رحمه الله - فيمن اشترى فلوسا بدراهم وقبض الفلوس ولم يقبض الدراهم حتى افترقا، فهو جائز. قال: ألا ترى أن من أسلم الدراهم في الفلوس فقد اكتفى بقبض الفلوس لصحة العقد.

ووجه ذلك من وجهين:

أحدهما: أن الفلوس في الأصل عرض وليس بأثمان فإذا ثبت لها وصف الثمنية لعارض فيجب إثبات هذا الوصف على وجه لا ينعدم المعنى الأصلي فاكتفينا بقبض أحد البدلين كما في العروض إذ به يخرج من أن يكون دينا بدين، فأما قبض البدلين [إنما يعتبر فيما هو أثمان بقضية الأصل وهذا ليس بهذه الصفة.

والثاني: أن قضية القياس][٢] ألا يجب قبض البدلين في المجلس وإن كان العقد صرفا ولكن عرفنا اشتراط التقابض في عقد الصرف بالنص والنص الوارد في الصرف، ولا يكون واردا في بيع الفلوس[٣] لأن ثمنية الفلوس[٤] دون ثمنية الدراهم والدنانير؛ لأن ثمنية الفلوس عارضة على شرف الزوال بالكساد فرد بيع الفلس إلى ما يقتضيه القياس.

ذكر القدوري في شرحه أيضا: قال محمد - رحمه الله -: وإذا اشترى فلوسا بفلوس على أن كل واحد منهما بالخيار وتقابضا وتفرقا على ذلك، فالبيع فاسد لأن الخيار يمنع الملك وصحة القبض وكأنهما افترقا من غير قبض، ولو كان أحدهما بالخيار فالبيع جائز. ويجب أن يكون هذا قول أبي يوسف - رحمه الله - ، ومحمد يريد به: إذا كان الخيار لأحدهما لأن على أصلهما: خيار المشتري لا يمنع ثبوت

---

(١) في م: إشارة.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: الفلس.
(٤) في م: الفلس.

الملك له فيما اشترى فلا يمنع صحة القبض فينعدم القبض المستحق من أحد الجانبين، والقبض إنما يؤثر في أحدهما لا فيهما.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: فالخيار يعتبر من الجانبين فإنه كما لا يملك على المشروط له الخيار [البدل الذي من جانبه عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يملك هو البدل الذي من جانب صاحبه فاشتراط الخيار](١) لأحدهما يمنع صحة القبض في تمامه(٢) فيهما جميعا.

قالوا: وينبغي على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله - إذا باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما بشرط الخيار أن يجوز البيع لأنهما بمنزلة العروض في هذه الحالة عندهما فلم يكن القبض شرطا ولو اشترى [فلوسا](٣) كاسدة في موضع لا ينفق فإن كانت بأعيانها جاز وإن لم تكن معينة(٤) لا يجوز؛ لأنها بعد الكساد تكون عرضا وشرط صحة العقد في العروض التعيين.

وإذا ادعى رجل على غيره شيئًا مما يكال أو يوزن أو يعد فاشتراه المدعى عليه من المدعي بمائة دينار ثم تصادقا أنه لم يكن للمدعي [على المدعى](٥) عليه شيء فالعقد باطل تفرقا أو لم يتفرقا؛ لأن العقد يتعلق بالكر في الذمة بالإضافة إليه(٦)،

(١) سقط في م.
(٢) في م: ثمنيته.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: بعينها.
(٥) سقط في م.
(٦) الإضافة لغة: الضم والإمالة ومطلق الإسناد، وهي الأمر المعنوي. ولا تخرج الإضافة في اصطلاح الفقهاء عن معناها اللغوي، فهي تأتي بمعنى الإسناد، والنسبة، وضم الشيء إلى الشيء. فإذا قيل: الحكم مضاف إلى فلان، أو صفته كذا، كان إسنادًا إليه، وإذا قيل: الحكم مضاف إلى زمان كذا، كان تخصيصًا. قال الجرجاني معرفًا الإضافة: هي حالة نسبية متكررة، بحيث لا تعقل إحداهما إلا مع الأخرى، وهي النسبة العارضة للشيء بالقياس إلى نسبة أخرى، وهي امتزاج اسمين على وجه يفيد تعريفًا أو تخصيصًا.
والعقد المضاف هو: ما صدر بصيغة تفيد تأخير الآثار المترتبة على العقد إلى الوقت =

فإذا تبين أنه لم يكن في الذمة تبين أنه باع المعدوم، وبيع المعدوم باطل.

ولو ادعى دراهم أو دنانير أو فلوسا فاشتراها المدعى عليه بدراهم ونقد الدراهم ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء. ففي مسألة الدراهم والدنانير إذا[1] لم يتفرقا ورجع بمثل ما اشترى يصح العقد ثم يتعلق بالمسمى في الذمة فيجعل كأنه وجد مطلقا فلا

= الذي أضيف إليه الإيجاب أو العقد.

فصيغة العقد المضاف تفيد وجود العقد في الحال، وتأخر أحكامه إلى المستقبل، ومثاله في عقد الإجارة قول المالك: أجرتك داري لسنة من مطلع الشهر القادم، فبقبول المستأجر يكون قد استأجر المسكن اليوم، ولكن لا تبدأ الإجارة فعلاً إلا من مطلع الشهر حسب ما تعاقدا عليه. وكذلك المسافر يستأجر مكانه في القطار، أو الباخرة، أو الطائرة قبل سفره بمدة قد تطول وقد تقصر. ويرى بعض الفقهاء المعاصرين أن الإضافة في العقود نوعان:

الأول: الإضافة إلى الوقت، وهذا النوع من الإضافة هو المراد عند إطلاق الفقهاء لفظ العقد المضاف.

الثاني: الإضافة إلى الشخص، والمراد بها: أن ينسب حكم التصرف إلى شخص معلوم، أي: أن يضيف مباشر التصرف ذلك التصرف إلى غيره. وقد تكون الإضافة بإذن من له الحق في مباشرة التصرف، أو بغير إذنه.

أما الأول: فمثاله عقد الوكالة، فإنه يصح، فمن وكل غيره في بيع، أو طلاق، أو إيصال هبة، أو وديعة، فإن الوكيل يقوم مقام الموكل فيما وكل به، وتصرفات الوكيل معتبرة.

وأما الثاني فله حالتان:

الأولى: أن يكون التصرف لا يفتقر إلى إذنه، فإنه يصح.

ومثاله: تصرف الوصي في شأن الموصى عليهم، فالوصي لا يحتاج في تصرفاته إلى إذن الموصى عليهم؛ لأنهم تحت وصايته، فتصرفاته تنفذ عليهم عملاً بكلام الموصي.

ومنها: الولاية، فإن تصرفات الولي تنفذ على من له الولاية عليهم، ولا يفتقر إلى إذنهم.

الحالة الثانية: أن يكون التصرف يفتقر إلى إذن الغير.

ومثاله عقد الفضولي، فهو تصرف بلا إذن، ولا وصاية، ولا ولاية، ولا قوامة. وحكم العقد المضاف إلى زمن مستقبل ينعقد في الحال، إلا أن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه، أي: أنه يؤخر حكمه إلى مجيء الزمان الذي أضيف إليه. وهذا النوع من العقود صحيح، وهي أسباب لأحكامها وآثارها التي تكون في الوقت المحدد برضا المتعاقدين.

ينظر: المصباح المنير، ص (١٣٩) مادة (ضيف)، ولسان العرب (٩/ ٢٠٨)، التعريفات، للجرجاني، ص (٤٥)، وتيسير التحرير (١/ ١٢٩)، وأحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف، ص (٢٢١)، والمدخل الفقهي العام، للزرقا (١/ ٥٠٧).

(١) في م: إن.

يبطل بتأخير القبض إلى آخر المجلس، ولو تفرقا عن المجلس بطل العقد لافتراقهما عن المجلس قبل قبض [أحد البدلين حقيقة في عقد الصرف، وفي الفلوس لا يبطل العقد وان تفرقا عن المجلس قبل قبض ما اشترى لأن في بيع الفلوس بالدراهم يكتفي بقبض][١] أحد البدلين حقيقة لأنه ليس بصرف على ما ذكرنا.

وإذا اشترى الرجل من غيره شيئا بدراهم على المشتري وهما يعلمان أنه لا شيء للبائع على المشتري لا يجوز الشراء، ويكون هذا بمنزلة الشراء بغير ثمن؛ لأنه سمى ما[٢] يتصور ثمنا.

وإذا باع درهما كبيرا بدرهم صغير أو درهما جيدا بدرهم رديء[٣] يجوز لأن لهما فيه غرضا صحيحا فأما إذا كانا مستويين في القدر والصفة فبيع أحدهما بالآخر هل يجوز؟ وهل يصير مثله دينا في الذمة؟ اختلف المشايخ:

قال بعضهم: لا يجوز، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب وبه كان يفتي الحاكم الإمام[٤] أبو أحمد.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: وإذا بيعت الدراهم [المغشوشة بالفضة الخالصة فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: أن تكون الفضة فيها معلومة بأن كان ثلثا هذه الدراهم][٥] صفرا وثلثها فضة فبيع هذه الدراهم بالفضة الخالصة وزنا بوزن [فإن كان وزن][٦] الفضة الخالصة مثل وزن هذه الدراهم المغشوشة يجوز؛ لأن قدر ما في الدراهم المخلوطة مثل وزنه والباقي من الفضة الخالصة بإزاء الصفر الذي في الدراهم فيقع الأمن عن الربا.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: ما لا.
(٣) زاد في م: لا.
(٤) في م: أبو حاتم.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

[وكذلك لو بيعت هذه الدراهم بفضة خالصة ووزنها أقل من وزن هذه الدراهم المغشوشة، فإن كانت الفضة الخالصة أكثر من الفضة التي في الدراهم المغشوشة صح أيضا؛ لأن قدر ما في الدراهم المخلوطة من الفضة يقابله من الفضة الخالصة مثله، والباقي الفضة الخالصة بإزاء الصفر الذي في الدراهم فيقع الأمن عن الربا][١].

وإن كانت الفضة الخالصة مثل وزن ما في الدراهم المخلوطة من الفضة كان باطلا؛ لأن الصفر لا يقابله شيء في هذه الصورة فيكون ربا.

وكذلك إذا كانت الفضة الخالصة أقل وزنا من الفضة التي في الدراهم لا يجوز من طريق الأولى.

وكذلك إذا كان لا يدري أي الفضتين أكثر الخالصة منهما أم المخلوطة أو هما سواء لا يجوز؛ لأن هذا البيع يجوز بجهة واحدة وهي أن تكون الفضة الخالصة أكثر وزنا، ولا يجوز من وجهين:

وهما: أن تكون الفضة المخلوطة أكثر [أو سواء][٢] فكان ما يوجب الفساد أغلب فيرجح جانب الفساد.

الوجه الثاني: أن تكون الفضة في الدراهم المغشوشة غالبة بأن كان ثلثاها فضة وثلثاها صفرا، فبيعت بفضة خالصة لم يجز إلا سواء بسواء؛ لأن الصفر إذا كان أقل كان مغلوبا بل مستهلكا فلم يعتبر وصار كخبث[٣] الفضة، واعتبر بيع الزيوف والجياد[٤]، وقد جاءت السنة في هذا أن جيدها ورديئها سواء، فلم يعتبر الصفر حال كونه مغلوبا [بل][٥] أهدره.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: وزنًا.
(٣) في م: لجانب.
(٤) في م: بالجياد.
(٥) سقط في م.

وفرق بين الصفر وبين الفضة[(١)] وإن كانت مغلوبة ولم يجعلها هدرًا.

والفرق: وهو أن الفضة وإن كانت أقل، فهي قائمة للحال حقيقة فإنها ترى وتشاهد؛ لأن اللون لون الفضة، وكذلك في المآل؛ لأنه متى أذيبت تخلص الفضة وتخرج بيضاء نقية، ولا تحترق، وإنما يحترق الصفر، [وما أمكن تخليصه لا يكون مستهلكا فكانت الفضة قائمة باعتبار الحال والمآل.

هذا من جهة الحقيقة، وأما من جهة العرف فلأن الفضة][(٢)] لا تجعل في الصفر لتصير خلطا للصفر، بل لترويج الصفر بالفضة ولهذا أسموه دراهم، ولهذا جعلوا الفضة ظاهرا والصفر باطنا، وكانت [الفضة][(٣)] معتبرة وإن كانت أقل من الصفر.

وأما الصفر إذا كان أقل، فهو مستهلك باعتبار الحال؛ لأنه لا يشاهد في الدراهم، وكذا باعتبار المآل فإن الصفر يحترق عند التمييز؛ لأنه أضعف جوهرا من الفضة، فكان أشد احتراقا على ما يقوله[(٤)] أهل الصنعة هم الساكون[(٥)] ولم يكن [به][(٦)] عبرة، هذا من جهة الحقيقة، وهكذا من جهة العرف فإن[(٧)] الصفر إنما يجعل في الفضة ليكون خلطا للفضة، وردا لها عن الجودة إلى الرداءة فصار بمنزلة خبث الفضة، فسقط اعتباره وصار هذا البيع بمنزلة بيع فضة جيدة بفضة رديئة، فيعتبر فيه المساواة على ما مر.

وأما الوجه الثالث: وهو ما إذا كانا على السواء بأن كانت الدراهم المخلوطة نصفها [فضة ونصفها][(٨)] صفرا، فبيعت بالفضة الخالصة قال في الكتاب: هذا على

---

(١) زاد في أ: اعتبر الفضه.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) زاد في أ: أصحاب و.
(٥) في أ: السباكون.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: فأما.
(٨) سقط في م.

وجهين:

إما أن تكون[١] الفضة التي في الدراهم غالبة على الصفر أو لم تكن. فإن كانت الفضة هي الغالبة، فهذا.

والوجه الثاني من أول هذه المسألة سواء، لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا وزنا بوزن، وإن لم تكن الفضة هي الغالبة، بل كانا على السواء فهو بمنزلة الوجه الأول من أول هذه المسألة[٢] فيكون على التفصيل الذي مر.

فإن قيل: كيف يستقيم هذا التفصيل إذ الفضة التي في الدراهم إنما تكون أغلب من الصفر التي فيها أو[٣] على السواء، وقد وضع المسألة فيما [إذا][٤] تساويا؟

قلنا: معنى هذا الكلام ما حكي عن العلماء من الصيارفة: أن الصفر والفضة إذا دخلا في النار والصفر أشدهما احتراقا وأسرعهما نفادا فيجوز أن يكون النصف من هذا والنصف من ذلك حال حملهما على النار المذوب، وبعد ما حملا على[٥] النار وأذيبا فاختلطا قد يحترق شيء من الصفر قبل أن يذهب شيء من الفضة فتصير الفضة في المآل[٦] غالبة على الصفر.

فإنما أراد بقوله: النصف من هذا والنصف من ذلك حال حملهما على[٧] النار وما فصل من الجواب فقال: إن كانت الفضة غالبة أو كانا على السواء أراد بذلك بعدما أذيبا وربما ينتقص الصفر فتصير الفضة غالبة، وربما لا ينتقص فيبقيان على السواء.

فإن كانت الفضة هي الغالبة كان نظير الوجه الثاني، وإن كانا على السواء كان

(١) في م: كانت.
(٢) زاد في أ: سواء لا يجوز بيعها.
(٣) زاد في م: كانت.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: إلى.
(٦) في م: الحال.
(٧) في أ: إلى.

نظير الوجه الأول؛ فيكون على التفاصيل التي مرت.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في هذه المسألة ما إذا كان الصفر غالبا على الفضة، وإنما لم يذكر؛ لأنه وضع المسألة فيما إذا كانت الفضة والصفر سواء حال حملهما على[١] النار، وتصير الغلبة بعد الذوب والاختلاط، وغلبة الصفر بعد الذوب إذا كانا سواء قبل ذلك لا يكون بحال؛ لأن الصفر أكثر احتراقا من الفضة على ما مر؛ ولذلك[٢] لم يذكر هذا الوجه في هذه المسألة، ولهذا قال في الجامع أيضًا: وإذا كانت الدراهم ثلثاها صفر وثلثها فضة فاشترى بها رجل متاعا وزنا، [جاز][٣] على كل حال ولا تتعين تلك الدراهم.

وإن اشترى بدرهم مسمى من هذه الدراهم بغير عينها عددا وهي بينهم وزنا، فلا خير في ذلك؛ لأن قوله: اشتريت بكذا درهما انصرف إلى الوزن؛ لأنهم متى تعاملوا [الشراء][٤] بها وزنا لا عددًا تقررت الصفة الأصلية للدراهم، وهي الوزن، وصارت العبرة للوزن والثمن إذا كان موزونا، وإنما يصير معلوما بأحد أمرين: إما أن يذكر الوزن، أو بالإشارة إليه ولم يوجد شيء من ذلك؛ فكان الثمن مجهولا، وهذه جهالة توقعهما في المنازعة؛ لأن فيها الخفاف والثقال، والثقل معتبر عند الناس متى تعاملوا الشراء بها وزنا؛ فلهذا لم يجز.

وإن [اشترى بها][٥] بعينها عددا، فلا بأس، وإن كان تعامل الناس المبايعة بها وزنا؛ لأن جهالة الوزن في المشار إليه لا تمنع جواز البيع، فصح ويصير التعيين معتبرا لبيان النقد والمقدار، فيصير كأنه قال: اشتريت بمثل وزن هذه الدراهم، فبعد ذلك إن أدى من غيرها يحتاج إلى وزن هذه الدراهم المشار إليها ليمكنه معرفة قدرها

---

(١) في أ، م: إلى.
(٢) في م: وإنما.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: اشتراها.

بالوزن، فيتمكن من أداء غيرها بمثل وزن هذه الدراهم فإن أدى عنها[١] صح من غير[٢] وزن، كما في الدراهم الخالصة، ولو عين[٣] هذه الدراهم وسماها وقال: اشتريت منك هذا المتاع بهذه الدراهم وهي كذا كذا درهما أراد[٤] به تسمية الوزن وكانت تباع فيما بين الناس وزنا وقع ذلك على الوزن؛ لأن تقدير كلامه: اشتريت منك هذا العرض بهذه الدراهم على أنها ألف أو على أنها مائة، ولو قال هذا، وجب على المشتري أن يوفيها [وزنا على الوزن الذي يكون في بلادهم كذا هاهنا. هذا إذا كانت[٥] بينهم وزنا، وإن كانت بينهم عددا فاشترى بها بغير عينها عددا جاز وإن كان فيها][٦] الخفاف والثقال؛ لأن متى تعامل[٧] الناس بها عددا لا وزنا فالجهالة من حيث الثقل والخفة لا توقعهما في المنازعة؛ فلا تمنع الجواز.

وإذا كانت الدراهم ثلثاها فضة وثلثها صفرا فهي بمنزلة الدراهم الزيوف والنبهرجة أن [من][٨] اشترى بها إن لم تكن مشارا إليها لا يجوز الشراء إلا وزنا كما لو كان الكل فضة زيفا، ولهذا [لم يجز][٩] استقراضها إلا وزنًا. وإن كان مشارا إليها يجوز الشراء بها من غير وزن كما في الدراهم الزيف.

وإن كانت الدراهم نصفها فضة، ونصفها صفر فالجواب فيها كالجواب فيما إذا كانت الدراهم ثلثاها فضة وثلثها صفر سواء؛ لأن عند الاستواء لا تصير الفضة تبعًا للصفر، فلا يجوز الشراء في حق الفضة إلا بطريق المساواة[١٠] وكذا في حق

---

(١) في أ: عينها.
(٢) في أ: غيرهن.
(٣) في أ: غير.
(٤) في م: فأراد.
(٥) في أ: كان.
(٦) سقط في م.
(٧) في أ: تعاملوا.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: لا يجوز.
(١٠) في م: الوزن.

الصفر.

ولو اشترى رجل من آخر ثوبا بدراهم بعينها من التي ثلثاها صفر وهي عندهم وزنا أو عددا فلم ينقدها[١] حتى ضاعت، لم ينتقض البيع حتى يعطيه مثلها؛ لأنها إن كانت تباع وزنا فهي بمنزلة الدراهم، وإن كانت تباع عددا فهي بمنزلة الفلوس الرائجة، وأيهما كان لا يتعين بالتعيين فهلاكها لا يوجب انتقاض البيع، وهذا إذا علم عددها أو وزنها حتى يتمكن المشتري من إعطاء مثلها عددًا أو وزنا كما قال محمد - رحمه الله - في الكتاب.

أما إذا لم يعلم، ينتقض[٢] البيع؛ لأن الثمن يصير مجهولا فلا يتهيأ للمشتري رد مثل المشار إليه والحالة هذه.

وإن كانت الدراهم ثلثاها فضة وثلثها صفر، فهي بمنزلة الدراهم النبهرجة والزيوف لا ينتقض البيع بهلاكها، فيرد مثلها وزنا إن علم وزن المشار إليه، [فإن لم يعلم[٣]][٤] ينتقض البيع، وكذلك الجواب فيما إذا كان نصفها فضة ونصفها صفر؛ لأنها إذا كانت هكذا فهي بمنزلة فضة ضمت إليها فليست برائجة، فلا تتعين أيضًا.

وإن كانت الدراهم ثلثاها صفر وبيعت وزنا بيع[٥] السلع يجب أن تتعين بالتعيين، ويبطل البيع بهلاكها قبل التسليم، هكذا قال مشايخنا - رحمهم الله -.

وإذا كانت الدراهم صنوفا مختلفة، منها ما ثلثاها [فضة وثلثها][٦] صفرا، ومنها ما ثلثها فضة وثلثاها صفر، ومنها [ما][٧] نصفها فضة، فلا بأس ببيع إحدى هذه الصنوف بالصنف الآخر متفاضلا يدا بيد ولا خير في ذلك نسيئة.

---

(١) في أ، م: يتفرقا.
(٢) في م: لا ينتقض.
(٣) زاد في م: وزن مشار إليه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: مع.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

يريد به: أنه لا بأس ببيع ما كان الصفر فيه غالبًا بما كان الصفر فيه مغلوبًا، وبيع ما كان الصفر فيه مغلوبًا بما كان الصفر والفضة فيه على السواء، وعلى العكس يدًا بيد، ولا خير في ذلك نسيئة.

[أما لا بأس به][(١)] يدا بيد وإن كان متفاضلا؛ لأنه يصرف فضة هذا إلى صفر ذلك [وصفر ذلك][(٢)] إلى فضة هذا، وجعل بمنزلة ما لو باع صفرا وفضة بصفر وفضة فإنه يجوز كيف ما كان، ولكن بعد أن يكون يدا بيد، وأما لا خير فيه نسيئة؛ لأن الوزن يجمعهما وهما ثمنان فيحرم النساء.

وأما إذا باع جنسا منها بذلك الجنس متفاضلا، ففيما إذا كانت الفضة غالبة لا يجوز؛ لأن المغلوب ساقط الاعتبار فكان الكل فضة، فلا يجوز إلا مثلا بمثل، وفيما إذا كان الصفر غالبا أو كانا على السواء يجوز متساويا ومتفاضلا؛ لأن الصفر يعتبر[(٣)] والفضة كذلك، وأمكن صرف الجنس إلى خلاف الجنس، ويشترط أن يكون يدا بيد باعتبار صورة المسألة.

وعلى قياس هذه المسألة قالوا: إذا باع من العداليات[(٤)] التي في زماننا واحدا باثنين يجوز بعد أن يكون يدا بيد، هذه الجملة من الجامع الكبير.

وفي نوادر ابن سماعة: سئل أبو يوسف عن درهم بخاري بدرهمين بخاريين وقد يكون في بعض البخاري من النحاس دانقان ونصف وفي بعضه دانقان؟ قال: لا يجوز من قبل أن الفضة غالبة، فلا يجوز إلا مثلا بمثل.

وفي زمن الغطارف[(٥)] ببخارى أكثر المشايخ كانوا يفتون بجواز بيع غطريفي[(٦)]

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: معتبر.
(٤) في م: العدليات.
(٥) نسبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال هارون الرشيد. ينظر: رد المحتار (٥/ ٢٨٧)، شرح فتح القدير (٧/ ١٥٣)، العناية (٧/ ١٥٣).
(٦) في أ: غطريفيه.

بغطريفيين يدا بيد وكانوا يقولون: في كل غطريفي سدس فضة فإن بيع منها اثنان أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة بدرهم فضة خالصة يجوز، وتجعل[١] الفضة الخالصة بمثل الفضة التي في الغطارف والفضل بإزاء النحاس.

وسئل أبو حنيفة - رحمه الله - عن الدراهم البخارية إذا كان الغالب فيها النحاس؟ فقال: هي بمنزلة الفلوس.

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخاري - رحمه الله - لا يفتي بجواز بيع الغطارف واحد باثنين، وكان يقول: تفردت الغطارف في بلادنا ثمنا بحيث لا تتبدل ولا تتعين[٢] فالتحقت بالدراهم الجياد.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: إذا كان النحاس هو الغالب على الفضة في الدراهم، وكل واحد منهما يتخلص على حدة إن خلص، لم يجز أن يشتريها إلا بأكثر من الفضة التي فيها، فإن كانت تحترق الفضة ويبقى النحاس فهو نحاس كله، ولا بأس بأن يشتريها بأقل من الفضة التي فيها، وهي بمنزلة الفلوس، ولا يحتسب بالفضة التي تحترق فلا يبقى، [وإن كانت الفضة تبقى][٣] والصفر تحترق [لم يحتسب بالصفر، وعومل به كما يعامل بالفضة ثم قال: كل شيء من ذلك يحترق][٤] فيذهب ولا يذوب لم يحتسب به. والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) زاد في م: من.
(٢) في م: تتغير.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.

نوع آخر:

في بيع الأشجار، وفي بيع الثمار، وإنزال الكروم، والأوراق والمبطخة، وفي الزرع، والرطبة، والحشيش:

ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - فيمن اشترى أشجارا ليقطعها من وجه الأرض فلم يفعل حتى أتى على ذلك مدة، وجاء أوان الصيف وأراد المشتري أن يقطعها فهذا على وجهين:

الأول: ألا يكون في القطع ضرر بين بالأرض وأصول الأشجار، وفي هذا الوجه له أن يقطع وله أن[1] يتصرف في ملكه وإن كان فيه ضرر بين فليس له أن يقطع دفعا للضرر عن صاحب الأرض وأصول الأشجار، وإذا لم يكن للمشتري ولاية القطع في هذه الصورة ماذا يصنع؟ اختلف المشايخ، بعضهم قال: يدفع صاحب الأرض قيمة الأشجار إلى مشتريها، وتصير الأشجار له، واختلفوا فيما بينهم أنه يدفع قيمتها مقطوعة أو قائمة؟ عامتهم على أنه يدفع قيمتها قائمة؛ لأنه تملكها قائمة، وهو الصحيح، وبعضهم قالوا: ينتقض البيع بينهما في الأشجار، ويرد صاحب الأرض على المشتري ما دفع إليه من ثمن الأشجار؛ لأنه عجز عن التسليم معنى. وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر الهندواني، واختاره الصدر الشهيد في واقعاته، وهكذا كان يفتي في جنس هذه المسائل[2] نحو مسألة بيع الأوراق وغير ذلك.

وفي شرح الطحاوي: شراء الشجرة على ثلاثة أوجه:

إما أن يشتريها للقطع بغير الأرض، أو يشتريها مع قرارها من الأرض، أو يشتريها ولم يشترط شيئًا، وقد ذكرنا هذه المسألة في الفصل الخامس.

وفي فتاوى أهل سمرقند: [إذا][3] طلب الرجل من آخر أن يبيع منه أشجارا في

---

(١) في أ: لأن له.
(٢) في م: المسألة.
(٣) سقط في م.

أرضه للحطب، واتفقا على رجال من أهل النظر لينظروا إلى أشجار بعينها [أنها كم وقرًا تكون من الحطب فاتفقوا على أن هذه الأشجار خمسة وعشرون وقرا من الحطب فاشتراها بثمن][١] معلوم فلما قطعها كانت أكثر من خمسة وعشرين وقرا فأراد البائع أن يمنع الزيادة ليس له ذلك؛ لأن هذا وصف للشجر فيطيب للمشتري كالزيادة في الثوب.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل له مشجرة جعل على بعض الأشجار علامة فباع الشجر إلا الأشجار التي عليها العلامات فقطع المشتري الأشجار[٢] ثم ادعى البائع على المشتري أنك قطعت بعض الأشجار التي عليها العلامات[٣] وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه منكر.

وإن ادعى البائع أنه كسر أغصان الأشجار التي عليها العلامة، وقال المشتري: لم أتعمد ذلك لكن لم يكن منه بد إذ قطعت أشجاري، فإن كان ذلك مما يمكن التحرز عنه فعليه ضمان النقصان؛ لأنه غير مأذون من جهة البائع في ذلك، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان؛ لأنه مأذون من البائع في ذلك دلالة.

وفي واقعات الناطقي: إذا باع شجرًا وعليه ثمر قد أدرك أو لم يدرك جاز وعلى البائع قطع الثمر من ساعته؛ لأن المشتري يملك الشجرة فيجبر على تسليمها فارغة. وكذلك لو أوصى بنخله لرجل وعليه ثمر ثم مات الوصي[٤] أجبر الورثة على قطع البسر[٥] هو المختار من الرواية.

وفي فتاوى أهل سمرقند: شجرة جوز أصلها واحد ولها فرعان، باع صاحبها أحد الفرعين جاز إن عين موضع القطع ولم يكن في القطع ضرر لأن هذا لا يستجمع

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: المشجرة.
(٣) في أ: العلامة.
(٤) في م: الموصي.
(٥) في م: الشجر.

شرائطه.

وفي العيون: اشترى رجلان نخلة فيها ثمر وتواضعا على أن لأحدهما النخلة وللآخر الرطب فالبيع جائز ويقسم الثمن على قيمتهما؛ لأن كل واحد منهما يفرد بالبيع. وكذا لو اشترى أرضًا فيها نخل على أن لأحدهما الأرض وللآخر النخل جاز ولصاحب الشجر أن يقلعه، فإن كان في قلعه ضرر بين فهو بينهما لأنه حينئذ بمنزلة الفص مع الخاتم، والحلية مع السيف.

ويجوز شراء الشجرة بشرط القطع، وأما شراؤها بشرط القلع فقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه [يجوز](١) في شفعة شيخ الإسلام في باب شفعة الأرضين والأنهار.

وقد ذكرنا جواز شراء الشجرة بشرط القطع(٢) قبل ذلك(٣) من غير ذكر خلاف المشايخ.

وفي العيون: إذا باع نصيبا له من مشجرة بغير إذن الشريك بغير أرض فإن كانت الأشجار قد بلغ أوان قطعها فالبيع جائز، وإن لم يبلغ لم يجز؛ لأن في الوجه الأول: شريكه لا يتضرر بالقسمة، وفي الوجه الثاني: يتضرر.

وأما بيع الثمار على الأشجار(٤) فهو على وجهين:

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: القلع.
(٣) في أ، م: هذا.
(٤) اتفق الفقهاء على جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا كانت مع أصلها، لدخول الثمرة تبعًا لأصلها؛ لأنه يثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالًا، ولأن احتمال الغرر فيه ضعيف.
وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها منفردة عن أصلها لها صور:
الصورة الأولى: أن يشتريها بشرط التبقية: اتفق الفقهاء على أنه لا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، والحب قبل اشتداده، بشرط تبقية الثمار على الشجر، بل حكى ابن قدامة الإجماع؛ لأن النبي ﷺ فيما رواه عنه عبد الله بن عمر: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُهَا، نَهَى الْبَائِعَ، وَالْمُشْتَرِي» [أخرجه البخاري (٤/ ٣٩٤) في البيوع، باب: بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٤)، ومسلم (٣/ ١١٦٥) في البيوع، باب: النهي عن =

الأول: أن يبيعها قبل الطلوع أي[1] قبل الظهور، وفي هذا الوجه لا يجوز

= بيع الثمار قبل بدو صلاحها (٤٩/ ١٥٣٤)]. والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، والبيع بشرط التبقية داخل في بيوع الغرر، لما في ذلك من التخاصم والتنازع وإيقاع العداوة والبغضاء؛ لذلك نهى البائع والمبتاع، لكن خالف هذا الإجماع يزيد بن أبي حبيب، فقال: يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ولو بشرط التبقية.

الصورة الثانية: أن يبيعها بشرط القطع في الحال، فيصح البيع بالإجماع، وقد خالف هذا الإجماع الثوري وابن أبي ليلى، قال ابن رشد: وهو رواية ضعيفة. والعلة في النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية هي خوف التلف وحدوث العاهة عليها قبل أخذها بدليل حديث أنس، أن النبي ﷺ قال: «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مالَ أخيه». وهذا مأمون فيما يقطع؛ فصح بيعه كما لو بدا صلاحه؛ وفارق ما بعد بدو الصلاح لأمن العاهة فيه غالبًا بخلاف ما قبل بدو الصلاح، إلا أن الفقهاء قيدوا جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع في الحال بقيود بعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه.

الصورة الثالثة: أن يبيع الثمرة قبل بدو صلاحها مطلقًا، ولم يشترط قطعًا ولا تبقية: ففي هذه الصورة قولان لأهل العلم، ويرجع سبب خلافهم فيها أن إطلاق البيع وترك الاشتراط فيه يقتضي التبقية عند الجمهور، وعند الحنفية يقتضي القطع، وحملوا أحاديث النهي على البيع بشرط الإبقاء.

وهناك قولان للفقهاء في بيع الثمر حتى يطعم مطلقًا بلا شرط القطع وبيانهما على النحو التالي:

القول الأول: يجوز بيع الثمر قبل أن يطعم إذا باعها مطلقًا - أي بدون شرط القطع أو التبقية - أو كان منتفعًا بها؛ وإلى هذا ذهب الحنفية، وابن القاسم من المالكية، والأوزاعي.

القول الثاني: لا يجوز بيع الثمر قبل أن يطعم إذا باعها مطلقًا وإلى هذا ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية.

ينظر: الإفصاح على المذاهب الأربعة (١/ ٣٤٠)، وفتح القدير (٦/ ٢٨٧، ٢٩٠)، وبدائع الصنائع (٤/ ٣٢٦)، والهداية (٣/ ٢٥)، تبيين الحقائق (٤/ ١٢)، والبناية (٧/ ٦٠)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٧، ١٧٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ١٧٦- ١٧٧)، ومغني المحتاج (٢/ ٨٨-٨٩، ٩١، ٤٩٩)، وفتح الباري (٤/ ٣٩٤)، وشرح النووي على مسلم (٤/ ٢٩)، وبلغة السالك لأقرب المسالك (٣/ ٢٣٤)، ومنح الجليل (٥/ ٢٩١)، الأم (٤/ ٩٦)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٩٠)، والغرر البهية (٣/ ٢٣٨)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٦٣)، (٥/ ٤٨٦)، وكشاف القناع (٣/ ٢٨١- ٢٨٢، ٣٢٧، ٣٢٨)، ونيل الأوطار (٦/ ٣١٧)، وكشف الأسرار (١/ ٢٥٨)، والمنتقى (٤/ ٢١٨)، وعمدة القاري (٩/ ٣٩٦)، وشرح معاني الآثار (٤/ ٢٦)، والاختيار (٢/ ٦، ٧)، والفروع (٤/ ٧٣)، الروض المربع (٢/ ٢٦١)، المحلى (٨/ ٥٦٩، ٥٧٠).

(١) في م: أو.

البيع[١].

الوجه الثاني: أن يبيعها بعد الطلوع، وأنه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبيعها قبل أن تصير منتفعا [بها][٢] فإن لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب، وفي هذا الوجه [اختلف][٣] المشايخ.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -، وشيخ الإسلام خواهر زادة - رحمه الله -: أنه لا يجوز.

وذكر الشيخ أبو حسن القدوري - رحمه الله - في شرحه، والقاضي الإمام الأسبيجابي - رحمه الله -: أنه يجوز، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب الزكاة في باب العشر، وفي الجامع في كتاب الإجارات، وهو الصحيح.

والحيلة في ذلك حتى يجوز هذا البيع على قول الكل: أن يبيعه مع أوراقه، بأن

---

(١) اتفق الفقهاء على عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر، وعلى عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك، وعلى جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به، وعلى الجواز بعد بدو الصلاح. ولكنهم اختلفوا في تفسير بدو الصلاح.
فعند الحنفية: أن تؤمن العاهة والفساد.
وعند المالكية، والشافعية، والحنابلة: هو ظهور النضج وبدو الحلاوة.
وقد اختلف الفقهاء في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها عند إطلاق العقد على قولين:
القول الأول: يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا باعها مطلقًا - أي: بدون شرط القطع أو التبقية- أو كان منتفعًا بها ذهب إلى هذا القول: الحنفية، وابن القاسم من المالكية.
القول الثاني: لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا باعها مطلقًا وإلى هذا ذهب: المالكية ما عدا ابن القاسم، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية.
ينظر: فتح القدير (٦/ ٢٨٧)، البناية (٧/ ٦٠)، بدائع الصنائع (٤/ ٣٢٦)، تبيين الحقائق (٤/ ١٢)، العناية (٦/ ٢٨٧)، المنتقى (٤/ ٢١٨، بلغة السالك (٣/ ٢٣٤)، منح الجليل شرح مختصر خليل (٥/ ٢٩١)، الأم، للشافعي (٤/ ٩٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٩٠)، الغرر البهية (٣/ ٢٣٨)، مغني المحتاج (٢/ ٤٩٩)، المغني (٥/ ٤٨٦)، الفروع (٤/ ٧٣)، الروض المربع (٢/ ٢٦١)، كشاف القناع (٣/ ٣٢٧، ٣٢٨)، الإنصاف (٤/ ٦٦)، المحلى (٨/ ٥٦٩، ٥٧٠).

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: البيع جائز اختلاف.

بيع[١] للمشتري في أول ما يخرج من ورود[٢] مع أوراقه فيجوز البيع في الكمثرى تبعا لبيع الأوراق، ويجعل كأنه ورق كله حتى يجوز البيع.

الوجه الثاني: إذا باعه بعد ما صار منتفعا [به][٣] إلا أنه لم يتناه عظمه وفي هذا الوجه البيع جائز إذا باع مطلقا، أو بشرط القطع، وإن باع بشرط الترك فالبيع فاسد؛ لأن هذا[٤] شرط فيه ما لا يقتضيه البيع ولأحد المتعاقدين فيه منفعة.

بيانه: أن المشتري شرط لنفسه زيادة مال يحصل له سوى ما دخل تحت البيع من مال البائع، وهذا شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا الشرط [يوجب فساد البيع][٥]، لما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ثم إذا جاز البيع إذا باع مطلقا، أو بشرط القطع إذا ترك حتى أدرك هل[٦] تطيب له الزيادة؟ إن ترك بإذن البائع أو استأجر منه الأشجار تطيب له الزيادة، لأن الزيادة إنما استفادها المشتري من مال البائع بإذنه فيطيب له ذلك.

الوجه الثالث: إذا باعه بعدما تناهى عظمه، ولا شك أن في هذا الوجه يجوز البيع إذا باعه مطلقا أو بشرط القطع، فإن باع بشرط الترك فالقياس ألا يجوز وبه أخذ أبو حنيفة، وأبو يوسف رحمهما الله، وفي الاستحسان يجوز وبه أخذ محمد رحمه الله.

وجه ما ذهب إليه محمد: أن شرط الترك لو أوجب فساد العقد في هذه الصورة إما أن يوجب من حيث إنه شرط فيه إجارة أو عارية، ولا وجه إليه؛ لأن إجارة النخل وإعارته لا تتحقق، أو من حيث إنه شرط فيه زيادة مال يحصل للمشتري من

---

(١) في أ: يبيع.
(٢) في م: ورده.
(٣) سقط في م.
(٤) زاد في م: شيء.
(٥) سقط في م.
(٦) في أ: هذا.

ملك البائع سوى[١] المبيع ولا وجه إليه؛ لأنه تناهى عظمه. بخلاف ما إذا لم يتناه عظمه؛ لأن فيه اشتراط زيادة من مال البائع سوى المبيع.

أما أبو حنيفة، وأبو يوسف - رحمهما الله - ذهبا في ذلك إلى أنه شرط في هذا البيع ما لا يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة.

بيانه: إن كان لا يثبت بهذا الشرط إجارة أو عارية، أو زيادة مال من مال البائع سوى[٢] المبيع يحصل للمبيع[٣] زيادة جودة وطراوة وللمشتري فيه منفعة، والبيع لا يقتضي هذا، ومثل هذا الشرط يوجب فساد البيع.

وإذا اشترى ثمار بستان على ما هو العرف ويقال [له][٤] بالفارسية: (برباع)، وبعض الثمار قد خرج، وبعضها لم يخرج بعد، هل يجوز هذا البيع؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز.

وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك، وكان يزعم أنه مروي عن أصحابنا - رحمهم الله -.

وهكذا حكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري أنه كان يفتي بجواز هذا البيع، وكان يقول: أجعل الموجود أصلاً في هذا العقد وما يحدث بعد ذلك تبعًا، ولهذا يشترط أن يكون الخارج أكثر؛ لأن الأقل تابع للأكثر ولا يجعل تابعًا للأقل.

وقد روي عن محمد - رحمه الله - في بيع الورد على الأشجار أنه يجوز، ومعلوم أن الورد لا يخرج جملة، ولكن يتلاحق البعض بالبعض.

وقال شمس الأئمة السرخسي: والأصح عندي أنه لا يجوز هذا البيع؛ لأن المصير إلى هذا الطريق إنما يكون عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة هاهنا لأنه يمكنه

---

(١) زاد في م: في.
(٢) زاد في م: في.
(٣) في أ: البائع.
(٤) سقط في م.

أن يبيع أصول هذه الأشياء مع ما فيها من الثمرة، وما يتولد بعد ذلك يحدث على ملك المشتري، وعلى هذا نص في القدوري، فإن كان البائع يعجبه بيع الأشجار فالمشتري يشتري الثمار الموجودة ببعض الثمن[١] ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده أو يشتري الموجود بجميع الثمن، ويحل للبائع[٢] الانتفاع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق، ولا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم.

وإذا اشترى إنزال الكرم وبعض الثمار كان منتفعا وبعض الثمار لم يصر منتفعا لا شك أن هذا جائز على قول من قال بجواز شراء الثمار قبل أن تصير منتفعا، ومن قال بأن شراء الثمار قبل أن تصير منتفعا [بها][٣] لا يجوز اختلفوا فيما بينهم.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: والأصح عندي أنه لا يجوز وطريقه ما قلنا.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا اشترى إنزال الكرم وبعضه نيء وبعضه قد نضج[٤] فإن كان كل نوع بعضه نيء وبعضه أنضج جاز، فإن كان بعض الأنواع نيء والبعض قد نضج لا يجوز. قال: لأن المجوز العرف ولا عرف هاهنا.

وقد قيل: الصحيح أنه يجوز في الوجهين.

و[هذا][٥] إذا باع الكل، فإن[٦] باع البعض وبعضها نيء أو الكل نيء لا يجوز، [وكذلك إذا كان مشتركا بين رجلين باع أحدهما نصيبه وبعضه نيء أو الكل لا يجوز البيع في الكل، ولكن الوجه في ذلك][٧] أنه[٨] يحتاج إلى القسمة والمنتفع يقسم

(١) في م: الثمر.
(٢) في م: له البائع.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: جاز.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: وإذا.
(٧) سقط في م.
(٨) في أ، م: لأنه.

وغير المنتفع لا يقسم، هكذا ذكر المعنى في فتاوى أهل سمرقند، هذا إذا باع[١] من شريكه.

أفتى ركن الإسلام السغدي: أنه يجوز.

وبعضهم قالوا: لو باع من المعامل لا يجوز، ولو باع المعامل من رب الكرم يجوز كما في الزرع على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وأما إذا باع من الأجنبي لا يجوز، ولكن لما قالوا: إنه يحتاج إلى القسمة وغير المنتفع لا يقسم؛ لأن بعض الثمار ينتفع به قبل النضج انتفاع إعلاف الدواب بها، ومع هذا لا يجوز البيع في الكل، ولكن الوجه في ذلك أنه يحتاج إلى القسمة [ولا تتأتى القسمة][٢] إلا بالقطع، وفي القطع ضرر للشريك، إن كان مشتركا، وللبائع إن كان الكل له.

وفي متفرقات شيخ الإسلام الأوزجندي رحمه الله: أن بيع الثمار على رؤوس الأشجار قبل أن يبدو صلاحها لا يجوز، وبعدما بدا صلاحها يجوز، وفسر[٣] بدو الصلاح بصيرورته منتفعا [به][٤].

وقال: لا يشترط النضج إلا في الكمثرى، والجوز، والخوخ؛ لأن هذه الأشياء غير منتفع بها من حيث الأكل قبل النضج، وهذا ليس بصواب في الكمثرى لأن قبل النضج ينتفع بها من حيث إعلاف الدواب.

وفي صلح فتاوى أبي الليث رحمه الله: أنه إذا باع الثمار قبل أن تدرك، إن كانت الثمار حصرما أو تفاحا وما أشبه ذلك يجوز، وإن كانت خوخا أو كمثرى لا يجوز إلا أن يكون قد أدرك بعضها فيجوز فيما أدرك وفيما لم يدرك على تلك الشجرة إذا

---

(١) زاد في أ: من أجنبي فإن باع.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: وفسروا.
(٤) سقط في م.

لم يشترط الترك، وهذا كما قال أبو يوسف رحمه الله فيمن باع الفليق[(١)] وبعضها [دود][(٢)] لم يصر فليقا[(٣)] جاز البيع في الكل، والجواب الذي ذكر غير مستقيم في الكمثرى لما مر.

ولو باع إنزال[(٤)] الكرم والعنب كالمح إن عبر بعبارة العنب لا يجوز البيع لأنه لا[(٥)] ينتفع به أصلاً، وإذا صار عنبا[(٦)] ينقلب ذلك[(٧)] جائزًا، وإذا لم يعبر بعبارة العنب لا يجوز البيع في الحال؛ لأنه لم ينتفع به أصلا، وإذا صار عنبا ينقلب ذلك جائزًا.

والصحيح جواز البيع في هذه المسائل وإن لم يكن منتفعًا به في الحال لما مر.

وإذا باع الثمر على الشجر والبعض قد خرج ثم خرج الباقي، فإن خلى[(٨)] البائع جاز، ولو اختلط الحادث بالموجود فإن كان يعرف الحادث فالعقد صحيح على حاله، وإن كان لا يعرف فإن كان قبل التخلية فسد البيع؛ لأنه تعذر التسليم بسبب الاختلاط[(٩)]، فإن كان بعد التخلية لا يفسد البيع لأن تمام العقد بالتسليم وقد وجد فانتهى نهايته فلا يفسد بالاختلاط، وإن[(١٠)] اختلط ملك أحدهما بالآخر كانا[(١١)] شريكين فيه، والقول قول المشتري في[(١٢)] ذلك لأنه في يده.

---

(١) في أ: الفيلق.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: فيلقا.
(٤) في المحيط البرهاني: نزل.
(٥) في أ، م: لم.
(٦) زاد في أ: لا.
(٧) في أ: البيع.
(٨) في أ، م: خلل.
(٩) في أ، م: الهلاك.
(١٠) في أ: وقد.
(١١) في م: فكانا.
(١٢) زاد في م: قدر.

وفي القدوري أيضًا: إذا اشترى ثمرة بدا صلاح بعضها وصلاح الباقي يتقارب وشرط الترك جاز عند محمد - رحمه الله - لأن المعتاد أن الثمرة يترك[١] أكثرها، ويتلاحق باقيها فصار كما لو كان الكل ملكه فصح شرط الترك عنده.

وإن كان يتأخر إدراك البعض تأخرًا كثيرًا فالبيع جائز فيما أدرك ولم يجز في الباقي، وهذا إنما يكون في العنب غالبًا؛ لأن بلوغ الأسود منه يتقدم ويتأخر باقيه تأخرًا كثيرًا فيصير كالحشيش إذا بلغ حده[٢] ولم يبلغ الآخر فيجوز فيما بلغ عنده بشرط الترك دون ما لم يبلغ لما عرف من أصله.

وإذا اشترى الرجل عنب كرم على أنه ألف من فلم يخرج إلا قدر تسعمائة فللمشتري أن يطالب البائع بحصة مائة مَنّ من الثمن؛ لأن البيع بقدر المائة مَنّ لم يصح لمكان العدم وصح بقدر التسعمائة مَنّ، فيطالب البائع بحصة[٣] ما لم يصح فيه البيع، ولا يطالب بحصة ما صح فيه البيع.

قالوا: على قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه: ينبغي أن يفسد العقد في الباقي؛ لأن العقد فسد في البعض بمفسد مقارن للعقد وهو العدم، والأصل عنده أن العقد متى فسد في البعض بمفسد مقارن للعقد يفسد العقد في الباقي.

وكان القاضي أبو الحسين قاضي الحرمين يروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - في جنس هذا: أن العقد فاسد في الكل، وبه كان يقول شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - ، وكثير من المشايخ.

وكان شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يقول بأن العقد فيما يوجد صحيح عند الكل؛ لأن البائع ما ضم المعدوم إلى الموجود في البيع فباع الموجود وظن أنه مقدار معين وتبين أنه لم يكن ذلك المقدار، ولهذا لا يصير بائعًا المعدوم، وسيأتي

---

(١) في م: يدرك.
(٢) في أ: أحده.
(٣) في أ: بحصته.

جنس هذه المسائل بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وفي النوازل: إذا قال الرجل لغيره: بعت منك عنب هذا الكرم كل وقر بكذا، والوقر معروف عندهم فهذا على وجهين:

إما أن يكون العنب من جنس واحد، وفي هذا الوجه يجوز البيع في الكل، ذكر المسألة مطلقًا من غير ذكر خلاف.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: يجب أن تكون المسألة على الخلاف. على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: يجوز في وقر واحد.

وعلى قولهما: يجوز في الكل بناء على مسألة الصبرة.

إذا قال لغيره بعت منك هذه الصبرة الحنطة كل قفيز بدرهم، [على][1] قول أبي حنيفة - رحمه الله -: يجوز في قفيز واحد.

وعندهما: يجوز في الكل.

قال - رحمه الله -: والفتوى على قولهما تيسيرًا للأمر على الناس، وإن كان العنب أجناسًا مختلفة، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: ينبغي ألا يجوز أصلاً.

وعلى قولهما: يجوز في الكل بناء على مسألة القطيع، فإن من قال لغيره: بعتك هذا القطيع من الغنم كل شاة بدرهم، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز البيع أصلاً.

وعندهما: يجوز في الكل.

وأما بيع المبطخة، رجل أراد أن يبيع مبطخة على وجه [الصحة][2] يصح البيع بالاتفاق وينبغي أن يبيع الحشيش، وأشجار البطيخ ببعض الثمن الذي اتفقا عليه حتى [إن][3] ما يحدث بعد ذلك يكون على ملك المشتري، ثم يؤاجر الأرض من

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.

المشتري ببقية الثمن ليتمكن المشتري من إبقاء الحشيش والأشجار فيحصل مقصودهما. في فتاوى أبي الليث رحمه الله.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله -: إذا باع من آخر شجر البطيخ قبل أن يخرج الخرجة بهذه اللفظة: «ابن خياز زررا فروفعتم» جاز؛ لأن البيع يقع على شجرة البطيخ دون ما يخرج من الخرجة، ثم ما يخرج من الخرجة(١) [يخرج](٢) على ملكه.

وفي هذا الموضع أيضًا: مبطخة بين شريكين باع أحدهما نصيبه من إنسان من غير أرض، لا يجوز؛ لأن في قلعه ضررًا يلحق غير(٣) البائع، والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر، وإن رضي به فينبغي أن يشتري كل المبطخة من الشريكين ثم يفسخ البيع في النصف.

وأما بيع الزرع، والرطبة، والحشيش إذا باع الزرع وهو بقل إن باعه على أن يقطعه المشتري، أو على أن يرسل دابته فيه لتأكله جاز؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد، وإن باعه على أن يتركه لا يجوز؛ لأنه شرط [ما](٤) لا يقتضيه العقد.

وكذلك إذا باع رطبة وفارسيتها (سنستري) فهو على التفصيل الذي ذكرنا على المختار، و[قد أخذ](٥) به الفقيه أبو الليث - رحمه الله.

وفي فتاوى أبي الليث: أرض بين رجلين فيها زرع لهما باع أحدهما نصف الزرع الذي هو نصيبه من غيره بدون الأرض فهذا على وجهين: إن كان الزرع مدركًا يجوز؛ لأنه لا يتضرر بهذا(٦) البيع صاحبه؛ لأن أكثر ما فيه أن المشتري يقلع الزرع

---

(١) زاد في أ: بها ما لم.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: عين.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في أ: فهذا.

ليمكنه أخذ النصف إلا أنه لا ضرر على صاحبه في ذلك إذا كان مدركًا، وإذا[١] كان غير مدرك لا يجوز إلا برضا صاحبه باع مطلقًا أو بشرط القطع، وإن باع بشرط الترك إنما لا يجوز وإن رضي به صاحبه؛ لأن هذا البيع شرط فيه شرط فاسد وأنه لا يوجد[٢] الفصل بين الرضا وعدم الرضا، وأما إذا باع [مطلقًا][٣] أو بشرط القطع إنما لا يجوز إلا إذا رضي به صاحبه؛ لأنه يتضمن[٤] إلحاق الضرر بصاحبه؛ لأنه لا يمكن المشتري قلع[٥] النصف وإبقاء النصف باعتبار مساحة الأرض؛ لأن الزرع في أطراف الأرض يتفاوت فلا يكون في بعضها متلفًا، ولا يكون في البعض كذلك فتعذرت القسمة باعتبار مساحة الأرض فيجب اعتبار القسمة باعتبار المقلوع، وإذا قلع الكل وتضرر به صاحبه إذا لم يكن مدركًا، وأحد الشريكين إذا تصرف في المحل المشترك تصرفًا يتضرر به صاحبه، وأنه يقبل الرد لا يجوز تصرفه إلا برضاء صاحبه. هذه الجملة من صلح شيخ الإسلام.

ومسألة المبطخة التي تقدم ذكرها مع تعليلها: أن الإنسان لا يجبر على تحمل الضرر وإن رضي به، دليل على أن بيع نصف الزرع بدون الأرض لا يجوز وإن رضي به صاحبه، ثم في الفصل[٦] الأول إذا لم يجز بيع نصف الزرع لو لم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب العقد جائزًا؛ لأن المانع من الجواز قد زال، ويعلم من هذه المسألة كثيرًا من المسائل.

وإذا كان الزرع كله لرجل باع نصفه من رجل بدون الأرض[٧]، إن كان الزرع

---

(١) في م: وإن.
(٢) في م: يوجب.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في م: به.
(٥) في م: قطع.
(٦) في أ: الأصل.
(٧) زاد في أ: بدون الأرض لا يجوز.

مدركًا يجوز، وإن لم يكن مدركًا لا يجوز؛ لأن هذا البيع يتضمن إلحاق الضرر بالبائع في غير ما يتناوله البيع فيكون فاسدًا كبيع الجذع في السقف.

وإذا كان الزرع من الأرض مشتركًا بين رجلين باع أحدهما نصيبه من الزرع من شريكه بدون الأرض، لا يجوز إذا لم يكن الزرع مدركًا؛ لأن هذا بيع يتضمن إلحاق الضرر بالمشتري فيما هو ليس بمعقود عليه؛ لأن البائع يأمر المشتري بقلع ما اشترى منه ليفرغ أرضه، وعلى هذا القطن وسائر أنواع الزرع إذا كان مشتركًا بين اثنين باع أحدهما نصيبه من صاحبه بدون الأرض.

وأما إذا باع النصف مع نصف الأرض من شريكه أو من أجنبي بغير رضا شريكه جاز وقام المشتري مقام البائع. في شفعة شيخ الإسلام.

وفي الأجناس: إذا باع النصف من الزرع المشترك من شريكه، يجوز في ظاهر الرواية.

وروى هشام عن محمد - رحمه الله -: أنه لا يجوز.

وإن كان الزرع بين رب الأرض وبين الأكار فباع رب الأرض نصيبه من الأكار، لا يجوز.

وإن باع الأكار نصيبه من رب الأرض جاز في الباب الأول من بيوع الواقعات، والمعنى في ذلك أنه لو نفذ البيع في الوجه الأول، فالبائع لا يأمر المشتري بقلع المشترى تفريغًا لأرضه[1] فلا يتضرر به المشتري فلهذا افترقا، ولو كان الزرع مدركًا جاز بيع كل واحد منهما نصيبه من صاحبه.

وفي مزارعة الجامع الأصغر: قال نصير: مزارع بالثلث باع نصيبه من الزرع من رب الأرض أو غيره، لا يجوز.

وفي نوادر ابن رستم عن محمد - رحمه الله -: رجل دفع أرضه مزارعة ثم باع الأرض بزرعها والزرع بقل فأجاز المزارع، فهو جائز، فإن أجاز على أن يكون

(١) في م: للأرض.

[نصيبه][(١)] في الأرض مزارعة، فهذا فاسد.

وفي المنتقى - رواية مجهولة -: إذا اشترى الرجل أرضًا فيها زرع للبائع، والحراث اشترى الأرض بنصيب البائع من الزرع [فإن طلب تسليم الأرض لم يجز، فإن قال: أمسكت حتى يستحصد الزرع، جاز، ولا يتصدق المشتري بشيء من الزرع][(٢)] [فإن الزرع له][(٣)] لأنه زاد في أرضه.

وفي الأصل: إذا باع رب الأرض الأرض وفيها زرع بينه وبين الأكار وجعله على وجهين:

الأول: أن يكون الزرع بقلًا[(٤)] وفي هذا الموضع يتوقف البيع على إجازة المزارع سواء باع الأرض مع الزرع أو[(٥)] بدون الزرع[(٦)]، أما إذا باع مع الزرع فلأن بعض الزرع ملك للأكار وقد باعه صاحب الأرض بدون إذنه فيتوقف البيع فيه على إجازته، وكذلك يتوقف بيع الأرض ونصيب رب الأرض من الزرع؛ لأن المزارع استحق تبقية نصيبه في الأرض إلى وقت الحصاد، فلو نفذ[(٧)] البيع كان للمشتري قلع الزرع فبطل حق المزارع في تبقية نصيبه.

وأما إذا باع الأرض بدون الزرع فلهذه العلة إن نفذ البيع يبطل حق البائع[(٨)] في تبقية نصيبه في الأرض.

فإن كان باع الأرض مع جميع الزرع فأجاز المزارع البيع في الأرض والزرع جميعًا نفذ[(٩)] البيع، وانقسم الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة الزرع، فما أصاب

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: يده.
(٥) في م: و.
(٦) في أ، م: الأرض.
(٧) في أ: نقل.
(٨) زاد في أ: بيعه نصيبه.
(٩) في أ: بعد.

الأرض فهو لصاحب الأرض، وما أصاب الزرع فهو بين رب الأرض والمزارع نصفان، وإن لم يجز المزارع البيع فالمشتري بالخيار إن شاء يتربص حتى يدرك الزرع، وإن شاء نقض البيع؛ لأن البائع عجز عن تسليم ما باع لحق المزارع فصار بمنزلة ما لو عجز بإباق العبد.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أن المشتري إذا علم بالمزارعة وقت البيع فلا خيار له؛ لأن تعلق حق الغير بالبيع[١] بمنزلة العيب؛ لأن المشتري يمنع بسببه عن الانتفاع، والعيب مما يوجب فوات المنفعة، والشراء مع العلم لا يوجب الخيار[٢].

وإذا[٣] كان صاحب الأرض باع الأرض بحصته من الزرع، وأجاز المزارع البيع أخذ المشتري الأرض، وحصة رب الأرض من الزرع بجميع الثمن، وإن لم يجز فالمشتري بالخيار، وإن أراد المزارع أن يفسخ البيع في هذه الصورة، فالصحيح أنه ليس له ذلك.

الوجه الثاني: إذا[٤] كان الزرع مدركًا وقت البيع، وفي هذا الوجه: إن باع الأرض وحدها أو مع نصيبه من الزرع جاز البيع من غير توقف لانعدام الموجب للتوقف، وهو بطلان حق البائع في تبقية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك، وإن باع الأرض مع جميع الزرع ينفذ البيع في الأرض، ونصيب رب الأرض من الزرع، ويتوقف في نصيب المزارع فإن أجاز المزارع ذلك ينفذ البيع في حصته أيضًا، وكان له من الثمن حصة نصيبه من الزرع والباقي[٥] من الثمن لرب الأرض، وإن لم يجز يخير المشتري إذا لم يعلم بالمزارعة[٦] وقت الشراء لتفرق الصفقة عليه ولهذه المسألة تفريعات، وأجناس هذا يأتي في كتاب المزارعة.

---

(١) في أ، م: بالمبيع.
(٢) زاد في أ: وإذا كان صاحب الأرض والمزارع وإن لم يجز المزارع البيع، فللمشتري الخيار.
(٣) في م: وإن.
(٤) في م: وإن.
(٥) في أ: والثاني.
(٦) في أ: بالزراعة.

وذكر شيخ الإسلام في [شرح][١] كتاب العتاق في باب عتق الرقيق بين اثنين: أن رب الأرض إذا باع نصيبه من الزرع بدون الأرض من أجنبي أو باع المزارع نصيبه من أجنبي والزرع لم يدرك لم يجز البيع لدفع الضرر عن صاحبه، ثم إن صاحبه [إن][٢] باع نصيبه بعد ذلك من ذلك المشتري انقلب البيع الأول جائزًا؛ لأن المانع من الجواز قد ارتفع.

وفي البقالي: إذا كانت الأرض بين رجلين فزرعها أحدهما، ونبت الزرع فتراضيا على أن يعطيه الآخر مثل نصف البذر ويكون الزرع بينهما، يجوز، ولا يجوز قبل أن ينبت.

ولو طلب الآخر القلع قسمت الأرض، ويؤمر المزارع[٣] بقلع ما في نصيب الشريك ويغرّم نقصان نصيب الشريك إن كانت الزراعة قد نقصت الأرض[٤].

ومن اشترى أرضًا، وزرعها، وأشرك غيره في الأرض والزرع جاز، ولو أشركه في الزرع دون الأرض[٥] لا يجوز، ذكره محمد - رحمه الله - في الرقيات.

وإذا اشترى أرضًا وفيها زرع، والزرع بقل فقبل أن يقبض الأرض دفعها مزارعة إلى البائع بالنصف، لا يجوز؛ لأنه[٦] يصير بائعًا الزرع وهو منقول قبل القبض، وإذا باع [الأرض مع نصف الزرع، أشار في كتاب المزارعة في باب القدر في المزارعة إلى أنه لا يجوز، ثم بيع][٧] نصف الزرع بدون الأرض إنما لا يجوز في موضع كان لصاحب الزرع حق القرار بأن زرع في ملكه. أما إذا لم يكن له حق القرار بأن كان

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: الزارع.
(٤) في أ، م: الزرع.
(٥) زاد في أ: والزرع.
(٦) زاد في أ: لا.
(٧) سقط في أ.

متعديًا في الزراعة كالغاصب جاز بيع نصف الزرع[(١)]؛ لأنه إذا لم يكن لصاحب الزرع حق القرار كان القلع مستحقًّا ومستحق القلع[(٢)] كالمقلوع، ولو كان مقلوعًا حقيقة جاز بيع نصفها كذا هاهنا، وعلى هذا إذا باع نصف البناء بدون الأرض إن كان محقًّا[(٣)] في البناء لا يجوز، وإن كان متعديًا جاز، ذكر هذه الجملة شيخ الإسلام في شرح كتاب الشفعة في باب العروض.

وإذا اشترى القصيل فهذا على وجهين:

الأول: أن يشتريه قبل أن يصير منتفعًا به، وفي جوازه اختلاف [على][(٤)] نحو ما بيناه في الثمار.

الثاني: أن يشتريه بعدما صار منتفعًا به يصلح لعلف الدواب، فإن اشترط القطع[(٥)] أو أطلق الكلام فالبيع جائز، وإن اشتراه بشرط الترك فالعقد فاسد.

ثم إذا جاز بأن اشتراه[(٦)] بشرط [القطع [أو][(٧)]][(٨)] مطلقًا فاستأجر المشتري الأرض مدة معلومة، جاز، وفي فصل الثمار: لو استأجر الأشجار مدة معلومة [في][(٩)] مثل هذه الصورة؛ لا يجوز.

وفرق آخر بينهما: أن هاهنا لا يجوز لو استأجر الأرض إلى وقت الإدراك يلزمه أجر المثل، ولا يطيب له الفضل، [ولو استأجر الأشجار إلى وقت إدراك الثمر في مثل هذه الصورة يطيب له الفضل][(١٠)] فلا يلزمه شيء من الأجر.

---

(١) في م: الأرض.
(٢) في م: البائع.
(٣) في أ، م: مستحقا.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: القلع.
(٦) في م: يشتريه.
(٧) سقط في م.
(٨) في أ: القلع.
(٩) سقط في م.
(١٠) سقط في م.

والفرق: أن الإجارة في مسألة النخيل أضيفت إلى غير محلها وهي الأشجار؛ لأن الحادث من الأشجار زيادة في الثمر، والزيادة في الثمر عين، والعين ليست بمحل الإجارة، والتصرف المضاف إلى غير محله لا جواز له ولا انعقاد فبقي مجرد الإذن بالترك من غير عقد ولا فساد فيه فيطيب الفضل ولا يجب الأجر.

وفي مسألة القصيل: الإجارة أضيفت إلى محلها وهو الأرض، والحاصل من الأرض منفعة التربية، فأما التربية في الحب يحصل من القصيل؛ لأن القصيل للحب كالشجرة للثمر، ولما وجدنا هاهنا أصلا نضيف لحصوله زيادة العين إليه كان الحاصل من الأرض مجرد منفعة التربية فتنعقد الإجارة عليها بوصف الصحة عند بيان المدة، وبوصف الفساد عند ترك بيان المدة، فما حصل من الزيادة بسببه [حاصل بسبب خبيث][(١)] وهو العقد الفاسد[(٢)] فيجب [مع][(٣)] التصدق[(٤)] أجر

---

(١) في أ: حسب.

(٢) العقد الفاسد: هو ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه، فالخلل في العقد الفاسد يرجع إلى وصف من أوصافه، أو شرط من شروطه، لا إلى ركن من أركانه، مثال ذلك: أن يبيع شخص لآخر أرضًا مقابل ثمن محدد، ولكن هذا الثمن مؤجل إلى وقت ميسرة المشتري، ففي هذا المثال نجد أن عناصر العقد الصحيح قد توافرت كلها، ولكن وجد وصف منهي عنه - شرعًا - وهو تأجيل الثمن إلى أجل مجهول.

والعقد الفاسد قبل القبض له وجود شرعي، ولكنه وجود ضعيف، كما أن وجوده مهدد بالزوال، ولذلك لا يعدّ سببًا كافيًا لترتيب الآثار، فلا ينتقل به الملك، ولكل من المتعاقدين فسخه، ويمكن أن يفسخه القاضي بناء على طلب كل ذي مصلحة، وهذا الفسخ دليل على الوجود الشرعي للعقد، ولولا هذا الوجود لما كانت هناك حاجة إلى الفسخ. أما إذا تم القبض فإن العقد الفاسد يقوى وتترتب آثاره ويثبت به الملك، ولكنه ملك من نوع خاص لا يفيد الانتفاع بالعين، ولكنه يفيد التصرف فيها. فإذن المقصود بالعقد الفاسد: أنه ما اختل فيه أحد شروط الصحة والتي منها:

أن يكون المبيع معلومًا وثمنه معلومًا يمنع المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولًا فسد البيع. أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع، فإن لم يكن تسليمه إلا بضرر يلزمه فالبيع فاسد. الخلو من الشروط الفاسدة كشرط ما فيه غرر، أو اشتراط شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائم مقتضاه، ولم يرد به شرع، ولا جرى به عُرف. الرضا، فلا يصح بيع المُكره والهازل. خلو العقد من الربا، واشتراط تقابض البدلين في مجلس العقد في الصرف. أو ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه.

فالعقد الفاسد عند الحنفية درجة بين الصحة والبطلان، ومن ثمّ كان مختلفًا عنهما من =

المثل.

وإذا باع جزة من الكرات بعدما علا يجوز، وإن باع كذا كذا جزة لا [يجوز؛ لأن البيع إنما ينعقد على ما هو موجود وقد علا وهي الجزة الأولى، أما الجزة الثانية والثالثة معدومة لم تنبت بعد فلا يجوز البيع، وكذا هذا في سائر البقول إذا باع منه جزة بعدما علا يجوز، وإن باع كذا كذا جزة لا][(١)] يجوز، وكذا في القصيل إذا باعه بعد ما علا القصيل في الحال يجوز البيع، وكذلك هذا في الأشجار إذا باعها [وهي][(٢)] نابتة ليقطع أو ليقلع في الحال فهو جائز.

أما قوائم الخلاف وسعف النخيل فقد اختلف [المشايخ][(٣)] في جواز بيعها،

= حيث كيفية ترتيب آثاره عليه، فلكونه مشروعًا بأصله يكون منعقدًا، وإن كان انعقاده ضعيفًا، ولكونه غير مشروع بوصفه فإنه يكون مستحق الفسخ، إلا إذا كان الفساد راجعًا إلى وجود شرط فاسد، وتم إسقاطه، فإنه يخرج بذلك من دائرة الفساد إلى دائرة الصحة، ومن ثم لا يكون مستحقًا للفسخ.

أما عند الجمهور: فالعقد الفاسد والباطل مترادفان، أي: بمعنى واحد إذا اختل فيه ركن أو شرط، ذلك أن الصحيح عندهم هو ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية، والباطل خلاف ذلك، وعليه: يكون التصرف باطلاً أو فاسدًا إذا اختل الأصل أو الوصف عند الجمهور.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٥٦-٢١٥)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٣٦-٥٣٩)، فتح القدير (٦/ ٤٦٤)، بداية المجتهد (٢/ ٢٣٠)، الفروق (٣/ ٢٣٦)، القوانين الفقهية، لابن جزي، ص (٢٢٤)، المدونة الكبرى، ص (١٤٨)، المجموع (٩/ ٣٧٢)، المغني (٤/ ٢٥٥)، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (٢/ ٦٨٩-٦٩٢)، استقرار الملك في العقود في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم عبد الرزاق الخولي، ص (٣٦٨)، أحكام المعاملات الشرعية، الأستاذ علي الخفيف، ص (٣٠٤)، الملكية ونظرية العقد، الشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، فقرة ٢١٦، ص (٤١٥)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٩٩٧م (٤/ ١٧١)، نظرية العقد والإرادة المنفردة، د. عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٨، ص (٥١٣).

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في أ: مع.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

ونص الكرخي في كتابه على الجواز، ورواه عن أصحابنا رحمهم الله ومن قال بعدم الجواز؛ لأن موضع القطع مجهول، فهو بمنزلة ما لو اشترى شجرة على أن يقطعها لا يجوز؛ لأن موضع القطع مجهول حتى لو بين موضع القطع في القوائم يجوز البيع بلا خلاف، بمنزلة ما لو اشترى شجرة على أن يقطعها من وجه الأرض.

لو باع حشيشًا في أرضه إن كان صاحب الأرض هو الذي أنبت بأن سقاها لأجل الحشيش فنبت بكلفة جاز؛ لأنه ملكه؛ ألا ترى أنه ليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه، وإذا نبت بنفسه لا يجوز؛ لأنه ليس بمملوك له بل هو مباح في الأصل؛ ألا ترى أن لكل أحد أن يأخذه، فلهذا لم يجز بيعه، هكذا ذكر في النوازل.

وفي القدوري - رحمه الله -: لا يجوز بيع الكلأ في أرضه، وكذا لا يجوز بيع الكمأة في الأرض.

قال ثمة: ولو ساق الماء إلى أرضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلأ، لم يجز بيعه.

قال: لأن الشركة في الكلأ ثابتة بالنص، وإنما تنقطع الشركة بالحيازة، وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة للكلأ فبقي الكلأ على الشركة ولا يجوز بيعه، وما ذكر في القدوري يخالف ما ذكر في النوازل. والله أعلم.

* * *

نوع آخر:

في بيع المرهون، والمستأجر، والمغصوب، والآبق، وحلال الدم، وبيع أرض الإجارة، والأكارة.

اختلفت عبارة الكتب في بيع المرهون[(١)]، وقع في بعض الكتب: أن بيع المرهون فاسد[(٢)].

---

(١) ذهب الفقهاء إلى أن المرتهن ليس له إلا حق استيفاء دينه من ثمن المرهون، فإذا تعذر على الراهن وفاء الدين للمرتهن عند الأجل فهل للراهن أن يبيع الشيء المرهون؟ اختلف الفقهاء في ذلك: فذهب الحنفية والمالكية إلى أن بيع المرهون ينعقد موقوفا على إجازة المرتهن. واستدلوا على ذلك بأن الراهن حين يتصرف في ملكه المرهون يعتبر كالموصي حين يوصي بجميع ماله، فينعقد تصرفه موقوفا على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به.

أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن بيع الشيء المرهون باطل. واستدلوا بقول الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» [أخرجه أحمد (٤/ ٣١٠/ ٢٨٦٧) من حديث ابن عباس. وقال أحمد شاكر: إسناده صحيح] ووجه الاستدلال أن في بيع المرهون ضررا على المرتهن؛ لأن ذلك ينافي حقه، إذ إن حقه قد تعلق بالشيء المرهون، فالتصرف فيه بالبيع ونحوه فيه إضرار به، والضرر ممنوع وتجب إزالته.

ينظر: الفتاوى الهندية (٣/ ١١٠، ١١١)، حاشية الطحطاوي على الدر المختار (٣/ ٨٦)، وشرح الزرقاني على خليل (٥/ ١٩)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٣٣)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٨٨)، والمهذب، ص (٣١٠ - ٣١٢)، والمغني (٤/ ٤٤٦).

(٢) اختلف الفقهاء في بيع المرهون: عامتهم على أنه موقوف، وهو الصحيح، حتى لو قضى الراهن الدين، أو أبرأه المرتهن من الدين، أو رد الرهن عليه، أو أجاز ورضي به: تم البيع، ولا يحتاج إلى تجديد العقد. وإن لم يجز المرتهن بيعه، وطلب المشتري من القاضي التسليم: فالقاضي يفسخ العقد بينهما. . . .

وبيع المستأجر: نظير بيع المرهون، موقوف عند عامة المشايخ، وهو الصحيح، وللمشتري الخيار إذا لم يعلم وقت الشراء أن المشتري مرهون، أو مستأجر. .، وقال الصدر الشهيد: الصحيح أن جواب ظاهر الرواية: له الخيار وإن كان عالما به. . . .

ولو أراد المستأجر فسخ البيع: ذكر الصدر الشهيد: أن له ذلك في ظاهر الرواية، وفي رواية الطحاوي: ليس له ذلك، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده: أن فيه روايتين، والفتوى: على أنه ليس له ذلك. .، ولو كانت الإجارة طويلة فباع، ثم جاء أيام الفسخ نفذ بيعه عند أكثر المشايخ. . . .

واختلفوا في المرتهن: قال بعضهم: له ذلك، وقال بعضهم: لا، وهو الصحيح. . . .

ثم إذا لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجارة بينهما: نفذ البيع السابق، وكذا المرتهن إذا لم ينفسخ حتى قضى الدين: نفذ البيع السابق، وليس للراهن والآجر حق الفسخ أصلاً، فإن أجاز المستأجر البيع نفذ، ولا ينزع من يده حتى يصل إليه ماله. . . .

ينظر: الفتاوى الهندية (٣/ ١١٠).

ووقع في بعضها: أن البيع موقوف.

من مشايخنا من قال: في المسألة روايتان، وعامتهم على أن الصحيح أن البيع موقوف، فإن قضى الراهن المال، أو أبرأه المرتهن منه، أو رد الرهن عليه ورضي به تم البيع، وإن لم يجز المرتهن بيعه وطلب المشتري من القاضي التسليم[١] يفسخ العقد بينهما، وهذا لأن البيع صدر من المالك، وللمرتهن حق في المحل، وكما يجب مراعاة حق المالك يجب مراعاة [حق][٢] صاحب الأرض، وإنما يصير الحقان مراعين إذا قلنا بالتوقف، ومعنى قوله في بعض الكتب: إن بيع المرهون فاسد أنه لا حكم له وكان فاسدًا في حق الحكم، وهذا لأن البائع مالك العين [وتأثير حق الغير][٣] في رفع الحكم لا في فساد العقد في نفسه كبيع مال الغير.

وبيع المستأجر نظير بيع المرهون موقوف عند عامة المشايخ - رحمهم الله -، وهو الصحيح، وللمشتري الخيار إذا [لم][٤] يعلم وقت الشراء أن المشترى مرهون أو مستأجر لتأخر التسليم لحق المرتهن[٥] والمستأجر.

وإن كان عالمًا به وقت الشراء فكذلك عند محمد - رحمه الله - ثبت له الخيار؛ لأن كون المشتري مرهونًا أو مستأجرًا عند محمد بمنزلة الاستحقاق، ومن اشترى من رجل مال غيره، والمشتري يعلم أن المشترى ملك[٦] غير البائع، كان للمشتري حق النقض والرجوع على البائع بالثمن.

وعند أبي يوسف - رحمه الله -: ليس له حق النقض[٧]؛ لأن كون المشتري مرهونًا أو مستأجرًا عنده بمنزلة العيب، ومن اشترى شيئًا معيبًا وعلم بكونه معيبًا

---

(١) زاد في م: القاضي.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: المرهون.
(٦) في م: مال.
(٧) في م: نقض الشراء.

وقت الشراء فلا خيار له في فسخ العقد.

ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - الخلاف على هذا الوجه.

وفي شرح حيل الخصاف، وأحاله على النوادر.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: إذا كان يعلم بكونه مرهونًا أو مستأجرًا فله الخيار في ظاهر الرواية.

وذكر القاضي الإمام الأسبيجابي - رحمه الله - في شرحه: أنه إذا كان عالمًا(١) بكونه مرهونًا أو مستأجرًا فلا خيار له في ظاهر الرواية.

وكذلك إذا اشترى أرضًا ولها أكار فهو على هذين الوجهين، يعني في حق ثبوت الخيار للمشتري إذا علم وقت الشراء أن لها أكارا أو لم يعلم. ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - ، وليس للمستأجر حق الفسخ(٢) بلا خلاف؛ لأن حقه في المنفعة والبيع صادف الرقبة.

فأما المرتهن فهل له حق فسخ هذا البيع؟

اختلف المشايخ فيه: منهم من قال: ليس له ذلك؛ لأن حقه في اليد لا في الرقبة، والبيع يصادف الرقبة.

ومنهم من قال: له حق الفسخ؛ لأن البيع يبطل ملك الرقبة، وهو وسيلة [إلى](٣) استيفاء الدين منه عند الهلاك.

وفي شرح الجامع: أن ظاهر الرواية ليس للمرتهن حق الفسخ.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: أن له حق الفسخ.

وذكرت ومعها(٤) ظاهر الرواية [ثمة](٥) أن حق المرتهن في اليد والحبس لا في

---

(١) في أ: يعلم.
(٢) في م: فسخ البيع.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: معه.
(٥) سقط في م.

المالية، والبيع يصادف العين من حيث المالية، فلم يكن[(١)] البيع واقعًا على حق المرتهن ليدفعه بحكم الحق، ولو دفعه دفعه لأجل[(٢)] الضرر فدفع[(٣)] بسبب[(٤)] النفاذ، وصار فصل الرهن وفصل الإجارة سواء، وليس للراهن، والآجر فسخ هذا البيع؛ لأن هذا البيع [ينعقد][(٥)] صحيحًا في حقهما، نص عليه الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي في باب ما يجب فيه اليمين.

وإنما التوقف في حق المستأجر والمرتهن، ثم على قول من يقول: إذا كان المشتري عالمًا بكونه مرهونًا أو مستأجرًا لا يكون له حق الفسخ، وتأخير التسليم إلى وقت انقضاء الإجارة أو إلى وقت فكاك الرهن لا يكون للبائع حق المطالبة بالثمن ما لم يجعل المعقود عليه بمحل التسليم وكذلك إذا اشترى شيئًا غائبًا لا يكون للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يكن المبيع مهيأ للتسليم.

وكذلك إذا اشترى عبدًا فأبق قبل القبض، فإن المشتري بالخيار في فسخ ذلك العقد، ولا يكون للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يحضر العبد.

الآجر [إذا باع المستأجر][(٦)] من رجل بغير إذن المستأجر، ثم باعه من المستأجر جاز البيع من المستأجر، وهو نقض للبيع الأول.

وفي رهن المنتقى: إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن، ثم باعه من المرتهن، [جاز البيع من المرتهن][(٧)] وهو نقض للأول[(٨)].

[وفي الباب][(٩)] الأول من رهن الجامع: إذا باع الراهن المرهون من رجل بغير

---

(١) في م: يبق.
(٢) زاد في م: الضرورة و.
(٣) في م: مندفع.
(٤) في أ: يسلب.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في أ.
(٨) في م: من المبيع.
(٩) سقط في م.

إذن المرتهن، [ثم باعه من رجل آخر بغير إذن المرتهن][١] أيضًا، ثم أجاز المرتهن أحد البيعين، نفذ البيع الذي لحقته[٢] الإجازة، والثمن للمرتهن يستوفي منه حقه.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه [إذا][٣] أجاز البيع الأول، نفذ البيع الأول، وإن أجاز البيع الثاني، نفذ البيع الأول.

ولو كان مكان البيع الثاني رهنًا أو إجارة، فأجاز المرتهن الرهن أو الإجارة، ينفذ البيع، ويبطل الرهن والإجارة.

وأما بيع المغصوب فقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: أنه موقوف، إن أقر به الغاصب تم البيع ولزم، وإن جحده فكان[٤] للمغصوب منه بينة عادلة فكذلك الجواب، وإن لم يكن له بينة [ولم يسلمه][٥] حتى هلك، انتقض البيع.

وبعض مشايخنا قالوا: قول محمد رحمه الله في الكتاب: وإن لم يكن للمغصوب منه بينة ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع - بظاهره غير صحيح، وينبغي ألا ينتقض البيع؛ لأن المبيع وإن فات فقد أخلف بدلًا، والمبيع إذا فات فأخلف[٦] بدلًا لا ينتقض البيع هاهنا إلا أن يختار المشتري النقض، فكان تأويل [قول][٧] محمد - رحمه الله -: انتقض البيع إذا اختار المشتري النقض.

وبعضهم قال[٨]: قول محمد بظاهره صحيح، وينتقض البيع من غير اختيار المشتري النقض؛ لأن الغاصب متى ضمن القيمة يملك المغصوب من وقت الغصب، وبيع المولى كان بعد ذلك، فيظهر أنه كان بائعًا مال الغير وهو الغاصب

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: لحقت.
(٤) في م: وكان.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: وأخلف.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: قالوا.

بخلاف ما لو قبل بعد البيع، أو غصب؛ لأن القيمة هناك وجبت بعد البيع فمتى بقي[١] البيع لا يؤدي إلى أن يصير بائعًا مال الغير.

وفي نوادر بشر قال: سألت محمدًا - رحمه الله - عمن اشترى المغصوب من المغصوب منه، وهو في يد الغاصب، والغاصب جاحد له؟ قال: يجوز ويقوم المشتري في دعواه تلك[٢] مقام المالك، قال: وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وذكر ابن سماعة - رحمه الله - في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز بيعه من غير الغاصب، وقلت: إنما[٣] هو جائز.

وأما بيع الآبق فقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: أنه لا يجوز، وقال[٤]: صح أن النبي ﷺ نهى عن بيع الآبق[٥].

---

(١) في أ: نفى.
(٢) في م: ذلك.
(٣) في م: أنا.
(٤) في م: فقال.
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ١٣١) وأحمد (٣/ ٤٢) وابن ماجه (٢/ ٧٤٠) كتاب التجارات: باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها حديث (٢١٩٦) وأبو يعلى (٢/ ٣٤٥) رقم (١٠٩٣) والدارقطني (٣/ ١٥) كتاب البيوع رقم (٤٤) والبيهقي (٥/ ٣٣٨) كتاب البيوع: باب النهي عن بيع الغرر وإسحاق بن راهويه والبزار في «مسنديهما» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٥) كلهم من طريق محمد بن إبراهيم الباهلي عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري «أن النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص».
وهذا إسناد ضعيف جدًا محمد بن إبراهيم مجهول.
ومحمد بن زيد ضعفه الدارقطني انظر: «الضعفاء والمتروكين» للدارقطني (٤٧٠).
وقال البيهقي: إسناد غير قوي.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٥)،
ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» إلا أنه لم يذكر في إسناده محمد بن إبراهيم ومن جهة عبد الرزاق ذكره عبد الحق في «أحكامه» وقال: إسناد لا يحتج به وشهر مختلف فيه ويحيى ابن العلاء الرازي شيخ عبد الرزاق ضعيف وهو يروي عن جهضم به. وقال ابن القطان: =

ولأنه معجوز [عنه](١)، والقدرة شرط جواز البيع، وبخلاف ما لو باع عبدًا أرسله في حاجته؛ لأن القدرة على التسليم غالب هنا(٢) وقت العقد حكما واعتبارا؛ لأن الظاهر عوده، ولا كذلك الآبق.

فإن عاد من الإباق وسلمه(٣) إلى المشتري روي عن محمد - رحمه الله -: أنه يجوز، وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا - رحمهم الله - وهكذا ذكر الإمام الأسبيجابي - رحمه الله - في شرحه، [والمذكور في شرحه](٤): إذا ظهر الآبق وسلمه إلى المشتري يجوز البيع، وأيهما امتنع إما البائع عن التسليم، أو المشتري عن القبض يجبر عليه ولا يحتاج إلى بيع جديد إلا إذا كان المشتري رفع الأمر إلى القاضي وطلب التسليم من البائع وظهر عجزه عن التسليم عند القاضي ففسخ القاضي العقد بينهما ثم ظهر العبد فحينئذ يحتاج إلى بيع جديد، وهذا لأن المانع من الجواز العجز عن التسليم بسبب الإباق، وقد ارتفع العجز حين ظهر من الإباق.

وروى عنه رواية(٥) أخرى: أنه لا يجوز ذلك البيع، ويحتاج إلى بيع آخر جديد، وبه أخذ جماعة من مشايخنا، وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي، وهكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب البيوع في باب البيوع الفاسدة؛ لأن شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتا وقت البيع فلا يجوز، وإن وجد من

= وسند الدارقطني يبين أن سند عبد الرزاق منقطع. ا.هـ.

والحديث ذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٣٧٣) رقم (١١٠٨) وقال:

سألت أبي عن حديث رواه حاتم بن إسماعيل عن جهضم بن عبد الله اليمامي عن محمد ابن إبراهيم الباهلي عن محمد بن زيد عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد أن النبي ﷺ «نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن ما في ضروعها إلا بكيل وعن شراء العبد الآبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص»، قلت: لأبي مَنْ محمدٌ هذا؟ قال: هو محمد بن إبراهيم شيخ مجهول.

(١) سقط في م.
(٢) في أ: هناك.
(٣) في م: وسلم.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: روايتان.

بعد، وصار كما لو باع خمرًا فصار خلا في المجلس وسلمه، أو باع طيرا في الهواء، أو سمكا في الماء، أو وحشا في الفضاء، ثم أخذه وسلمه في المجلس، فإنه لا يجوز البيع وطريقه ما قلنا، ومن أخذ بهذه الرواية يقول: تأويل الرواية الأولى أنهما يتراضيان عليه عند عود العبد فينعقد بينهما عقد جديد بالتعاطي، أما أن يقال: بأن ذلك العقد يجوز، فلا.

فإن جاء رجل إلى مولى الآبق، وقال: إن عبدك الآبق عندي قد أخذته فبعه مني، فباعه؛ جاز، ولو قال: هو عند فلان قد أخذته[1] فبعنيه فباعه، لا يجوز.

والفرق: أن فساد بيع الآبق عرف بالأثر، والأثر ورد في الآبق المطلق، وهو الآبق في حق المتعاقدين ففيما إذا قال الذي يريد شراءه: هو عبدي قد أخذته، فهذا[2] ليس بآبق في حق المشتري، [فلا يكون آبقا مطلقا، ولأن في الصورة الأولى العقد غير معجوز التسليم في حق المشتري][3]، ولا كذلك في الفصل الثاني.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن بيع الآبق جائز[4]، ذكر القدوري رحمه الله هذه الرواية مطلقة.

وكان أبو الحسن الكرخي رحمه الله يقول: [إن][5] بيع [العبد][6] الآبق فاسد، إلا أن يرضى المشتري أن ينتظر حتى يتمكن البائع من التسليم، وقاسه ببيع المرهون

---

(١) في م: أخذه.
(٢) في م: فهو.
(٣) سقط في م.
(٤) اتفق الفقهاء على أن للمالك بيع عبده الآبق إذا قدر على تسليمه للمشتري، كما يجوز للقاضي بيع الآبق إذا دفع إليه ورأى المصلحة في بيعه بعد أن يحبسه، على خلاف في مدة حبسه بين المذاهب. وليس لآخذ الآبق أن يبيعه لأنه ليس ملكا له عند من يقول بمنع بيع الفضولي ولأن المالك مجهول عند من يقول بصحة بيعه.
ينظر: الفتاوى الهندية (٢/ ٢٩٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ١١)، والمجموع (٩/ ٢٧٣)، ونيل المآرب (١/ ٩٩).
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

والمستأجر.

وفي المنتقى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا باع الآبق والمشتري يعلم بمكانه جاز، فإن باعه وقبضه ثم اختلفا، فقال المشتري: لم أعلم [بمكانه حين بعتني، وقال البائع: لا بل علمت؛ فهو صحيح، وإن باعه ولم يعلم أحدهما][١] بمكانه؛ لم يجز.

وإذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب، ثم إن المالك باع العبد من الغاصب وهو آبق بعد؛ فالبيع جائز.

والأصل: أن الإباق إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجا إليه بأن أبق من يد المالك، ثم باعه المالك، فأما إذا لم يكن التسليم محتاجا إليه كما في مسألتنا يجوز البيع، كتبته [في][٢] آخر إقرار المستزاد.

وأما بيع من هو حلال الدم. ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المأذون: أن عند أبي حنيفة رحمه الله: البيع موقوف، فإن قتل بطل، ووضع المسألة في المرتد.

وفي مختلفات الفقيه أبي الليث رحمه الله: إذا اشترى عبدًا قد حل دمه بقصاص أو ردة فقتل عند المشتري، ولم يعلم فله أن يرجع بجميع الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يقوم حلال الدم وحرام [الدم][٣] فيرجع بفضل ما بينهما.

وإذا اشتراه، وهو يعلم بكونه حلال الدم، فقتل عند المشتري فكذلك الجواب على أصح الروايتين عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح السير.

وإذا اشترى عبدا سارقا وقطعت يده عند المشتري كان المشتري بالخيار إن شاء رده ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسكه ورجع بنصف الثمن، وإن مات العبد قبل

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.

الرد لا يرجع إلا بنصف الثمن في هذا الموضع أيضًا.

وأما بيع أرض القطيعة [فهو][(١)] جائز، وهي التي أقطعها الإمام لقوم وخصهم بها؛ لأنهم ملكوها بالقطيعة فيجوز بيعهم.

وأما بيع الأرض الإخارة، والأكارة، والإخارة هي الأرض الخراب يأخذها إنسان بأمر صاحبها فيعمرها ويزرعها، والأكارة الأرض التي في يد الأكرة.

فنقول: إن باعها صاحبها جاز لأنه مالك رقبتها، وإن باع الذي له إخارتها [وأكارتها][(٢)] لا يجوز البيع؛ لأن له العمارة لا غير، وأنها لا تتقوم[(٣)].

وإن باع الأرض وهي في عقد مزارعة آخر قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: المزارع أولى في حرثه من أيهما كان البذر فإن أجاز المزارع البيع فلا أجر لعمله.

وفي مجموع النوازل: إذا أجاز المزارع يكون كلا النصيبين للمشتري، يريد به إذا كان في الأرض غلة، وإن لم يجز لا يجوز البيع، وكذا في الكرم سواء ظهرت الثمار أم لم تظهر، هذا الفصل في الزندويستي.

وقيل: الجواب في مسألة الأرض على التفصيل: إن كان البذر من المزارع لا يجوز في حقه؛ لأنه يستأجر الأرض، وإن كان من رب الأرض وقد ألقى البذر لا يجوز، وإن كانت الأرض فارغة يجوز، وكذلك في الكرم إن لم تظهر الثمار يجوز البيع، وبه كان يفتي ظهير الدين - رحمه الله.

❊ ❊ ❊

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) المحيط البرهاني (٦/ ٣٤٥)، الفتاوى الهندية (٣/ ١١٢).

نوع آخر في بيع الحيوانات:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: ولا يجوز بيع السمك[١] في حظيرة لا يستطيع الخروج منها إذا كان لا يؤخذ إلا بحيلة وبصيد[٢]، وإن كان يؤخذ بغير صيد جاز البيع، والمشتري بالخيار إذا رآه.

يجب أن يعلم أن هذه المسألة على وجهين:

إما أن اجتمع فيها باحتياله واصطياده بأن كان اصطاده[٣] ثم أرسله[٤] في الحظيرة، وفي هذا الوجه إن كان لا يقدر على أخذه من غير احتيال واصطياد لا يجوز بيعه؛ لأنه عاجز عن تسليمه[٥] فهو كبيع الآبق.

وإن كان يقدر على أخذه من غير احتيال جاز بيعه لأنه ملكه بالاصطياد فقد باع ملكه، وهو قادر على التسليم فيصح كما لو باع عبدا له قد أرسله في حاجته، وإن

---

(١) ورد النهي عن بيع السمك في الماء للغرر وذلك من حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر» [أخرجه أحمد (١/ ٣٨٨) وصوب الدارقطني والخطيب وقفه. (التلخيص لابن حجر ٣/ ٧)]. وجمهور الفقهاء متفقون على أنه لا يصح بيعه قبل اصطياده، كما لا يصح بيعه إذا صيد ثم ألقي في الماء بحيث لا يمكن أخذه إلا بمشقة، وأنه فاسد، لأنه بيع ما لم يملك، وفيه غرر كثير فلا يغتفر إجماعا، ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده، فأشبه الطير في الهواء، كما أنه مجهول فلا يصح بيعه، كاللبن في الضرع والنوى في التمر.

ومذهب الحنفية أنه باطل - باصطلاحهم فيه - ومنهم من ذهب إلى أنه فاسد، إذا بيع بعرض؛ لأن السمك يكون حينئذ ثمنا والعرض مبيعا، واذا دخلت الجهالة على الثمن كان البيع فاسدا، ولم يكن باطلا. فإن بيع بالدراهم والدنانير فهو باطل، لعدم الملك في المبيع، إذ يتعين كون السمك حينئذ مبيعا، والدراهم أو الدنانير ثمنا. وفيه صور من الجواز بشروط خاصة وأحكام.

ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٤٥)، والشرح الكبير للدردير (٣/ ٦٠)، شرح الخرشي (٥/ ٦٩، ٧٥)، والمغني (٤/ ٢٧٢)، الدر المختار ورد المحتار (٤/ ١٠٦)، وحاشية القليوبي على شرح المحلي (٢/ ١٥٨).

(٢) في م: الصيد.

(٣) في أ: اصطادهن.

(٤) في أ: أرسلهن.

(٥) في أ: تسليمهن.

اجتمع في الحظيرة لا باحتياله واصطياده لا يجوز بيعه أمكن أخذه من غير اصطياد واحتيال أو لم يمكن؛ لأنه لم يحوزه فلم يملكه فقد باع ما ليس بمملوك.

فرع على هذا التفصيل[١]، وهو ما إذا اجتمع في الحظيرة لا باحتياله فقال له: سد موضع دخول الماء، فصار بحالة لا يستطيع الخروج منها لا يجوز البيع عند [بعض][٢] المشايخ؛ لأنه لم يملكه؛ لأن هذا القدر ليس بإحراز فهو بمنزلة طير طار في بيت إنسان فسد الباب، والكوة، وهناك لا يصير محرزًا له بهذا القدر ما لم يأخذه كذا هاهنا فلا ملك بدون الإحراز، وإنما باع ما لا يملك فلا يجوز.

وعند بعض المشايخ: يجوز البيع إذا أمكن أخذه[٣] من غير اصطياد؛ لأنه بما فعل صار آخذا له حكما فصار ملكا له بمنزلة ما لو وقع في شبكته فيجوز بيعه وهذا الخلاف إذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد، فأما إذا هيأها ملكه بلا خلاف فيجوز[٤].

وفي كل موضع جاز بيع السمك في الماء إذا قبضه [والمشتري لم يره][٥] فله الخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره.

وإذا أخذ سمكة وجعلها في جب ماء فالجواب فيه على التفصيل الذي قلنا في الحظيرة، إن كان يقدر على أخذها من غير اصطياد جاز بيعها.

وإن كان في الحظيرة سمك وقصب باع السمك والقصب جملة، فإن كان لا يمكن أخذ السمك إلا بصيد فالبيع فاسد في الكل اصطاد السمك قبل ذلك أو لا، أما في السمك فلأنه باع ما لم يقدر على تسليمه، [وأما في القصب][٦] فلجهالة الثمن؛ لأن قيمة السمك مجهولة لا تدري إذا كان لا يؤخذ بغير صيد، وجهالة قيمة السمك توجب جهالة حصة القصب، فيفسد البيع في القصب بجهالة الثمن، وإن كان لا

(١) في أ: الفصل.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: أخذهن.
(٤) زاد في أ: بيعهن.
(٥) في م: المشتري وراه.
(٦) سقط في م.

يمكن أخذ السمك من غير صيد إن لم يكن اصطاد السمك قبل ذلك، فالبيع فاسد في السمك، وهل يفسد في القصب؟

قالوا: على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - يفسد؛ [لأن][١] قبول العقد في السمك يصير شرطا لقبوله في القصب إذا كانت الصفقة واحدة، وقبول العقد في [السمك][٢] شرط فاسد، فيفسد العقد في القصب.

وعلى قياس قولهما: لا يفسد؛ لأن قيمة السمك معلومة إذا كان يؤخذ بغير صيد فتكون حصة القصب معلومة[٣]، بالحزر والظن [إذا كانت][٤] الصفقة متحدة وما يعرف بالحزر يكون مجهولا فهو نظير ما إذا اشترى عبدين بألف درهم، فإذا أحدهما حر، وإن كان اصطاد السمك قبل ذلك، يجوز البيع في الكل عندهم جميعًا.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - هذه الجملة في شرح كتاب الشفعة قبل باب [تسليم الشفعة][٥]، فإذا أراد أن يبيع الرجل برج حمام مع الحمام إن باع ليلا، جاز؛ لأن في الليل يكون الحمام بجملته داخل البرج، ويمكن أخذه من غير احتيال فيكون بائعا ما يقدر على تسليمه، وفي النهار يكون بعضه خارج البيت لا يمكن أخذه إلا باحتيال فيكون [بائعًا][٦] ما لا يقدر على تسليمه.

وفي المنتقى: إذا باع طيرا في الماء أو سمكة فيه وهي[٧] مما يرجع إليه، أو طيرا يطير في السماء فيرجع إليه، فالبيع جائز، ويسلمه إذا رجع إليه، وكذا الظبي الذي ألف وهو داجن، ويرجع إليه، وإن[٨] توحش بعد الإلف ولا يؤخذ إلا بصيد فباعه

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في أ: والصحيح على أن قولهما يفسد العقد في القصب؛ لأن حصة القصب تصير معلومة.
(٤) في م: إذ.
(٥) في م: التسليم.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: وهو.
(٨) في م: وإذا.

لم يجز بيعه.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رحمه الله -: ولا يجوز بيع النحل[١]، وقال: إنما النحل بمنزلة الزنبور، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -.

وقال محمد - رحمه الله -: يجوز بيعه إذا كان مجموعا، وجه قول محمد: أن هذا حيوان ينتفع به ويتمول فيصح بيعه، وإن لم يؤكل كالحمار والبغل.

ولأبي حنيفة: أن النحل لا ينتفع بعينه، وإنما ينتفع بما يحدث منه[٢] فقبل

---

(١) اختلف الفقهاء في بيع النحل، فذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يجوز بيعه منفردا عن كوارته؛ لأنه حيوان طاهر يخرج من بطونه شراب فيه منافع للناس، فهو كبهيمة الأنعام، ويصح بيعه خارجا عن كوارته ومعها، بشرط كونه مقدور التسليم، فإن لم يكن مقدور التسليم لم يصح بيعه للغرر. وفارق سائر الطيور التي لا يجوز بيعها وهي خارج قفصها؛ لأن النحل لا يأكل عادة إلا بما يرعاه، فلو توقف صحة بيعه على حبسه لربما أضر به وتعذر بيعه. ويشترط في صحة بيع النحل أن يكون يعسوبه - وهو أميره - في الكوارة، وأن يشاهد جميعه، وإلا فهو من بيع الغائب، وتجري فيه أحكامه. وقال الإمام النووي: إن باعه وهو طائر في الهواء فوجهان عند الشافعية، والأصح الصحة.

وقال الحنفية: لا يصح بيع النحل إلا إذا كان في كوارته عسل فباع الكوارة بما فيها من العسل والنحل، فيصح بيعه تبعا للعسل؛ لأنه ليس بمنتفع به، فلم يكن مالا بنفسه، بل بما يحدث منه من العسل وهو معدوم عند بيع النحل وحده، حتى إنه لو باع النحل مع الكوارة وفيها عسل، يجوز بيعه تبعا للعسل. ويجوز ألا يكون الشيء محلا للبيع بنفسه منفردا، ويكون محلا للبيع مع غيره كبيع الشرب مع الأرض. وروي عن محمد بن الحسن أنه يجوز منفردا؛ لأنه حيوان منتفع به فيجوز بيعه.

وأجاز المالكية بيع النحل، فقد جاء في حاشية الزرقاني نقلا عن الحطاب: ونحل الأجباح لا خلاف في جواز بيعه جزافا؛ لمشقة عده، وظاهره أنه يباع بدون الأجباح. وقال الشيخ أحمد الزرقاني: لا يباع بدونها، وقال البرزلي: إن اشترى الأجباح دخلت النحل، وكذا العكس. ولا يدخل العسل في الوجهين، قاله ابن رشد وعلي الأجهوري. ويجمع بين ما قاله الحطاب وما قاله أحمد الزرقاني بحمل الجواز على بيعه حالة كونه في الجبح، بدليل قوله: لمشقة عده، وحمل ما قاله أحمد الزرقاني من المنع على ما إذا كان طائرا منها لعدم القدرة عليه.

ينظر: مغني المحتاج (٢/ ١٣)، (٣/ ٣٥٠)، وحاشية القليوبي (٢/ ١٥٨)، وكشاف القناع (٣/ ١٥٢، ١٥٣)، روضة الطالبين (٣/ ٣٥٠)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٤)، حاشية الزرقاني (٥/ ٣٢، ٣٣).

(٢) زاد في م: قبل.

الحدوث لا يكون منتفعا [به][١]، والعين يصير مالا محلا للبيع لكونه منتفعا به؛ ولأنه من جملة الهوام فلا يجوز بيعه كالزنبور.

وذكر القدوري في شرحه: إذا كان في كوراتها عسل فاشترى الكورات بما فيها من النحل جاز عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وأبي يوسف - رحمه الله - أيضًا، ويدخل النحل في البيع تبعا للعسل.

وأنكر أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - جواز بيع النحل مع العسل، وقال: إنما يدخل الشيء في العقد تبعًا لغيره إذا كان من حقوقه كالشرب، وهذا ليس من حقوقه.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية: «مرعل» يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد - رحمه الله - لحاجة الناس فإن [الناس][٢] يتمولون به.

وفي القدوري: ويجوز بيع دود القز إن ظهر القز فيه، وإن لم يظهر لا يجوز، وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله -.

وقال محمد - رحمه الله -: يجوز البيع وإن لم يظهر فيه القز لما قلنا في النحل.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: والفتوى على قول محمد - رحمه الله -.

وأما بيع بذر دود القز فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز؛ لأنه غير [منتفع به][٣] باعتبار ذاته بل باعتبار غيره، وذلك الغير معدوم.

[وعندهما][٤]: يجوز اعتبارا للعادة؛ لأنه يتولد منه ما هو منتفع به فصار كبذر البطيخ فيجوز بيعه.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: ممتنع.
(٤) سقط في م.

والصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته اختار قولهما.

ولا يجوز بيع هوام الأرض كالحية، والعقرب[(١)]، والوزغ، وما أشبه ذلك؛ لأن الانتفاع بهذه الأشياء حرام، ومحلية البيع يعتمد جواز الانتفاع بها.

ولا يجوز بيع ما يكون في البحر كالضفدع[(٢)] والسرطان إلا السمك وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه.

فالحاصل: أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع.

وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

وأما بيع الكلب وأشباهه [فقد][(٣)] ذكر القدوري - رحمه الله -: بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير جائز، معلما كان أو غير معلم في رواية الأصل.

ولا شك في جواز بيع الكلب المعلم[(٤)]؛ لأنه آلة للحراسة والاصطياد، [فيكون

---

(١) العقرب: دويبة من العنكبيات، ذات سم تلسع. ينظر: المنجد في اللغة والأعلام ص (٥١٩)، حياة الحيوان (٢/ ١٣٥).

(٢) الضفدع: حيوان برمائي ذو نقيق، يقال للذكر والأنثى، والجمع: ضفادع ويقال نقت ضفادع بطنه إذا جاع. ينظر: المعجم الوسيط، مادة (ضفدع) (١/ ٥٤١).

(٣) سقط في م.

(٤) اتفق الفقهاء على حرمة بيع الكلب غير المنتفع به، لكنهم اختلفوا في إباحة بيع الكلب المنتفع به على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز بيع الكلب المنتفع به للصيد أو الحرث أو غيره وإباحة ثمنه وإلى هذا القول ذهب الحنفية.

القول الثاني: لا يجوز بيع الكلاب مطلقا منتفعا بها أو غير منتفع بها وإلى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية، والمشهور عن مالك، والحنابلة، والظاهرية.

القول الثالث: يجوز بيع الكلب المنتفع به للصيد أو الحراسة أو الزرع فقط، وإلى هذا ذهب ابن كنانة وسحنون من المالكية.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣)، وشرح فتح القدير (٧/ ١١٨-١٢١)، البحر الرائق (١/ ١٠٩)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٦/ ٧٠)، تحفة المحتاج (٤/ ٢٣٤، ٢٣٥)، المجموع شرح المهذب (٩/ ٢٢٧)، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، محمد بن علي تقي الدين، ابن دقيق العيد، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة (٢/ ١٢٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٩٤)، المغني (٤/ ١٧١)، كشاف القناع (٣/ ١٥٤)، الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٦٧٤، ٦٧٥)، المحلى (٦/ ١٧٥).

محلا للبيع، إلا أنه جاز بيع البازي المعلم، وإنما جاز؛ لأنه آلة الاصطياد][١] وهذا لأنه إذا كان آلة للحراسة والاصطياد، كان منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالًا؛ لأن المال غير الآدمي خلق لمنافع الآدمي، والمال محل للبيع.

وأما بيع الكلب غير المعلم، فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: إذا كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه.

قال محمد - رحمه الله -: هو الصحيح من المذهب؛ وهذا لأنه إذا كان يقبل التعليم كان منتفعًا به، فيكون مالًا محلًا للبيع.

الدليل عليه أنه ذكر في النوادر: أنه لو باع الحر وجاز لأنه يقبل التعليم، [وهذا يبين لك أن غير المعلم إذا كان يقبل التعليم، فهو والمعلم سواء في حق محلية البيع، وإنما لا يجوز بيع الفهود الذي لا يقبل التعليم، وهكذا يقول في الأسد إذا كان يقبل التعليم][٢] ويصطاد به أنه يجوز بيعه، وإن كان لا يقبل التعليم [ولا يصطاد][٣] به لا يجوز البيع.

قال: والفهد والبازي يقبلان التعليم على كل حال فيجوز بيعهما على كل حال، وأما القرد فقد اختلفت الروايات[٤] فيه عن أبي حنيفة - رحمه الله.

روى الحسن عنه: أنه يجوز بيعه.

وروى أبو يوسف - رحمه الله -: أنه لا يجوز بيعه.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: أكره بيعه.

وروى ابن رستم عن محمد - رحمه الله -: أنه يجوز بيعه[٥].

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: والاصطياد.

(٤) في م: الرواية.

(٥) اتفقت المذاهب على عدم جواز بيع سباع البهائم والطير، إذا كانت مما لا ينتفع به بحال. فإن كانت مما ينتفع به جاز بيعه إلا الخنزير، فإنه نجس العين، فلا يجوز الانتفاع به، فكذلك لا يجوز بيعه. لكنهم ذهبوا مذاهب في تفسير النفع الذي يجيز بيع السباع: =

. . . .

= فالحنفية - في ظاهر الرواية من مذهبهم - والمالكية في الراجح من المذهب، ذهبوا إلى إطلاق النفع، ولو بالجلد، وبدون تفرقة بين المعلم وغيره. ومن نصوص الحنفية في هذا: صح بيع الكلب ولو عقورا، والفهد والفيل والقرد، والسباع بسائر أنواعها، حتى الهرة، وكذا الطيور، أي: الجوارح منها، علمت أو لا، سوى الخنزير، وهو المختار، للانتفاع بها وبجلدها. وعلل الزيلعي أيضا جواز بيعها بجواز الانتفاع بها شرعا، وبقبولها التعليم عادة، ثم طرح هذا الضابط قائلا فيه: وكل منتفع به شرعا، في الحال أو في المآل، وله قيمة.. جاز بيعه، وإلا فلا، وقال الحصكفي: جواز البيع يدور مع حل الانتفاع. وقال البابرتي: وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع، ثبت في الفهد والنمر والذئب. بخلاف الهوام المؤذية، كالحيات والعقارب والزنابير، لأنها لا ينتفع بها. وكذا غير المؤذية من هوام الأرض: كالخنافس والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب، أو من البحر، كالضفدع والسرطان.

وأما مذهب المالكية فهو أن بيع الهر والسبع للجلد جائز، وأما للحم فقط، أو له وللجلد فمكروه. وهذا مبني على حكم لحم السباع عندهم. وأما سباع الطير ذوات المخالب، فلحمها مباح عندهم، كالباز والعقاب والرخم، وكرهوا الوطواط. وأما سباع البهائم، فلهم فيها ثلاثة أقوال: الكراهة. والمنع. والتفرقة بين العادي - الذي يعدو على الآدمي - كالأسد والفهد والنمر والذئب، فيحرم. وبين غير العادي، كالدب والثعلب والضبع والهر مطلقا، فيكره. لكن الذي في مختصر خليل كراهتها، حتى الفيل عنده - وفي عهدته، كما قالوا -.

وأما الشافعية: فقد فسروا النفع بنحو الصيد والحراسة، ولو مآلا، بأن يرجى تعلم الحيوان. أما ما لا نفع فيه فلا يصح بيعه، الفواسق الخمس، وكذا ما لا يرجى تعلمه للصيد، لكبره مثلا. فالفهد ينتفع به للصيد، والفيل للقتال، والقرد للحراسة، والهرة الأهلية لدفع نحو فأر، والعندليب للأنس بصوته، والطاووس للأنس بلونه. وكتب الشيخ عميرة على قول النووي في منهاجه: فلا يصح بيع الحشرات وكل سبع لا ينفع. مبينا خصال انتفاء النفع، بقوله: مثل: ألا يؤكل، ولا يصال ولا يقاتل عليه، ولا يتعلم، ولا يصلح للحمل. كما قرر أن انتفاء النفع قد يكون حسا، وقد يكون شرعا، وأن انتفاء النفع ينفي المالية، فأخذ المال في مقابلته قريب - كما نقله عن الرافعي - من أكل المال بالباطل.

وأما الحنابلة فقد ذهبوا - كما في رواية عن أبي يوسف من الحنفية اعتمدها السرخسي إلى أنه لا يصح بيع ما لا يصلح للاصطياد، ولا يقبل التعليم بحال:

ومثل الحنابلة لما لا يصلح للاصطياد بالأسد والذئب والنمر والدب، وبالرخم والحدأة والغراب الأبقع والنسر والعقعق وغراب البين، وبيضها، لأنه لا نفع فيه، فأخذ ثمنه أكل للمال بالباطل، ولأنه ليس فيها نفع مباح كالحشرات، فأشبهت الخنزير. فأما ما يصلح للاصطياد، كالفهد وكالصقر والباز، بأن كانت معلمة أو قابلة للتعليم، فإن فيها نفعا مباحا، فيصح بيعها، وبيع أولادها وفراخها، وبيضها لاستفراخه، فينتفع به مآلا. ومع =

وبيع الفيل جائز؛ لأنه منتفع به حقيقة وشرعا فهو كسائر الحيوانات.
وأما الهرة فقد ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح السير أنه يجوز بيعها.
وسئل عطاء بن أبي رباح عن ثمن الهرة؟ فقال: لا بأس به. والله أعلم.

* * *

= ذلك نصوا على جواز بيع القرد، للحفظ لا للعب؛ لأن الحفظ - كما قالوا - من المنافع المباحة.

ومثل الحنفية للمروي عن أبي يوسف: الأسد، إن كان يقبل التعليم ويصطاد به، يجوز بيعه وإلا فلا. الفهد والبازي يقبلان التعليم، فيجوز بيعهما على كل حال. النمر - كما يقول الكمال - لا يقبل التعليم لشراسته، فلا يجوز بيعه بحال، وكذا الكلب العقور على التخصيص عند أبي يوسف. القرد، فيه روايتان عن أبي حنيفة: الأولى: جواز بيعه لإمكان الانتفاع بجلده، وهي رواية الحسن عنه، وصححها الزيلعي.

والأخرى: لا يجوز بيعه، لأنه للتلهي، وهو محظور، فكان بيع الحرام للحرام، وأنه لا يجوز. وصحح هذا الكاساني، وبنى عليه ابن عابدين أنه لولا قصد التلهي لجاز بيعه. لكن قصد التلهي يقتضي الكراهة، لا عدم الصحة، كما قال الحصكفي.

ينظر: الدر المختار (٤/ ١١١، ٢١٤)، والشرح الكبير، للدردير (٣/ ١١)، (٤/ ١٣)، وتحفة المحتاج (٤/ ٢٣٨)، وبدائع الصنائع (٥/ ١٤٢، ١٤٣)، تبيين الحقائق (٤/ ١٢٦)، العناية شرح الهداية (٦/ ٢٤٧)، وفتح القدير (٦/ ٢٤٥، ٢٤٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ١١٥، ١١٧)، شرح المنهج وحاشية الجمل عليه (٣/ ٢٥، ٢٦)، حاشية عميرة على شرح المحلي، في ذيل حاشية القليوبي عليه (٢/ ١٥٨)، كشاف القناع (٣/ ١٥٣، ١٥٦).

نوع في بيع المحرمات:

ولا يجوز بيع ذبيحة المجوسي، والمرتد وغير الكتابي، وكذلك لا يجوز بيع ما تركت التسمية عليه عمدا ويجوز بيع ذبائح أهل الكتاب، وهو على ما قلنا: إن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع، ولا يحل[1] الانتفاع بذبيحة المجوسي والمرتد، وغير الكتابي، وما تركت التسمية عليه عمدا فلا يجوز بيعها.

ويجوز الانتفاع بذبائح أهل الكتاب فيجوز بيعها، وسيأتي بعد هذا قول أبي يوسف - رحمه الله - في ذبيحة المجوس بخلاف ما ذكر هاهنا.

وفي العيون: ولا بأس ببيع عظام الفيل وغيره من الميتة؛ لأن الموت لا يحل العظام ولا دم فيه ولا يتنجس فيجوز بيعه. إلا عظم الآدمي والخنزير فإن بيعهما لا يجوز.

قالوا: هذا إذا لم يكن على عظم الفيل وأشباهه دسومة، فأما إذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه، وفيه نظر.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا ذبح كلبه وباع لحمه، جاز، وكذا إذا ذبح حماره وباع لحمه، جاز، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ بناء على اختلافهم في طهارة هذا اللحم بعد الذبح، واختاره[2] الصدر الشهيد على طهارته. ولو ذبح الخنزير وباع لحمه لا يجوز؛ لأن لحم الكلب المذبوح والحمار المذبوح منتفع به، لأنه يجوز أن يطعم سؤره لأنه طاهر، ولا كذلك لحم الخنزير لأنه ليس بمنتفع به؛ لأنه ليس [له أن يطعم سؤره][3] لأنه نجس.

وفرق في الكلب والحمار بين ما إذا كانا مذبوحين، وبين ما إذا كانا ميتين، فلم يجز بيع لحمهما إذا كانا ميتين؛ لأن لحم الميت ليس بمنتفع به إذ ليس له أن يطعم

---

(١) في م: يجوز.
(٢) في م: واختيار.
(٣) سقط في م.

سؤره. قال عليه السلام: «لا تنتفعوا من الميتة بشيء»[(١)].

---

(١) أخرجه الشافعي في «سنن حرملة» كما في «تلخيص الحبير» (١/ ٤٦)، وأحمد (٤/ ٣١٠ ٣١١)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (٧/ ١٦٧)، وأبو داود (٤/ ٣٧٠ ٣٧١): كتاب اللباس: باب من روى ألا ينتفع بإهاب الميتة، الحديث (٤١٢٧) و (٤١٢٨)، والترمذي (٤/ ٢٢٢): كتاب اللباس: باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، الحديث (١٧٢٩)، والنسائي (٧/ ١٧٥): كتاب الفرع والعتيرة: باب ما يدبغ به جلود الميتة، وابن ماجه (٢/ ١١٩٤): كتاب اللباس: باب من قال لا ينتفع من الميتة لا بإهاب ولا عصب، الحديث (٣٦١٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١/ ٤٦٨): كتاب الصلاة: باب دباغ الميتة، والبيهقي (١/ ١٤): كتاب الطهارة: باب في جلد الميتة.

وعزاه الحافظ في «التلخيص» (١/ ٤٧) أيضا للدارقطني، وابن حبان، ورواه ابن شاهين في الناسخ والمنسوخ (ص ١١٣) من حديث عبد الله بن عكيم قال: قرىء علينا كتاب رسول الله ﷺ ألا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب. وعند بعضهم: «قبل موته بشهر».

وقال الترمذي: هذا حديث حسن، ويروى عن عبد الله بن عكيم عن أشياخ لهم وليس العمل على هذا عند أكثر أهل العلم، وقد روي هذا الحديث عن عبد الله بن عكيم أنه قال: أتانا كتاب النبي ﷺ قبل وفاته بشهرين قال: وسمعت أحمد بن الحسن يقول: كان أحمد بن حنبل يذهب إلى هذا الحديث لما ذكر فيه قبل وفاته بشهرين، وكان يقول: كان هذا آخر أمر النبي ﷺ ثم ترك أحمد بن حنبل هذا الحديث لما اضطربوا في إسناده حيث روى بعضهم فقال: عن عبد الله بن عكيم عن أشياخ لهم من جهينة. قال ابن حجر في «التلخيص» (١/ ٤٧): وقال الخلال: لما رأى أبو عبد الله تزلزل الرواة فيه توقف فيه.

وقال: ومحصل ما أجاب به الشافعية وغيرهم عنه التعليل بالإرسال: وهو أن عبد الله بن عكيم لم يسمعه من النبي ﷺ والانقطاع بأن عبد الرحمن بن أبي ليلى لم يسمعه من عبد الله ابن عكيم والاضطراب في سنده فإنه تارة عن كتاب النبي ﷺ وتارة عن مشيخة من جهينة وتارة عن من قرأ الكتاب والاضطراب في المتن فرواه الأكثر من غير تقييد ومنهم من رواه بقيد شهر أو شهرين أو أربعين يوما أو ثلاثة أيام والترجيح بالمعارضة بأن الأحاديث الدالة على الدباغ أصح. اهـ.

وفي الباب عن ابن عمر وجابر:

قال ابن شاهين في «الناسخ والمنسوخ» (ص ١١٥): وقد روى عبد الله بن عمر بن الخطاب، وجابر بن عبد الله، عن رسول الله ﷺ بمثل ما كتب به النبي ﷺ إلى أرض جهينة اهـ.

حديث ابن عمر أخرجه ابن شاهين (رقم ١٥٢) بلفظ: نهى رسول الله ﷺ أن ينتفع من الميتة بعصب أو إهاب.

قال الحافظ في «التلخيص» (١/ ٤٨): وفيه عدي بن الفضل وهو ضعيف.

حديث جابر: أخرجه ابن شاهين (١٥٣) من طريق زمعة بن صالح عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ينتفع من الميتة بشيء».

وذكره الحافظ في «التلخيص» (١/ ٤٨) وعزاه إلى ابن وهب في «مسنده»، وقال: وزمعة =

وأما لحوم السباع فقد ذكر القدوري - رحمه الله -: أنه ذكر في الأصل أنه لا يجوز بيعها من غير فصل.

وروي عن أبي حنيفة: أنه يجوز بيعها إذا ذبحت.

وفي الفتاوى: إذا كان السبع ميتا لا يجوز بيع لحمه بلا خلاف، وإن كان مذبوحًا ففيه اختلاف المشايخ.

قال بعضهم: لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر، والفقيه أبو الليث؛ لأن على قولهما: هذا اللحم نجس.

وقال بعضهم: يجوز[١]؛ لأن هذا اللحم طاهر، وهو اختيار الصدر الشهيد - رحمه الله -.

وروى إسماعيل بن حماد، وابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا يجوز بيعها[٢].

وأما جلود السباع والحمير والبغال فما كانت مذبوحة جاز بيعها، وما كانت بخلافه لم يجز، وهذا بناء على أن الجلود كلها تطهر بالذكاة أو بالدباغ إلا جلد الإنسان والخنزير، وإذا طهرت بالدباغ أو بالذكاة جاز الانتفاع بها فتكون محلا للبيع. أما بدون الدباغ والذكاة لا تطهر فلا يجوز الانتفاع بها فلا تكون محلا للبيع.

وحكي عن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: أن هذه الجلود إنما تطهر بالذكاة [إذا كات الذكاة][٣] مع التسمية، وبدون التسمية لا تطهر.

[وأما][٤] شعر الميتة وعظمها وصوفها وقرنها فلا بأس بالانتفاع به، وبيع ذلك كله جائز؛ لأنه لا حياة في هذه الأشياء فلا يحلها الموت فلا تتنجس.

= ضعيف. ورواه أبو بكر الشافعي من طريق أخرى قال الشيخ الموفق: إسناده حسن.

(١) زاد في م: البيع.
(٢) زاد في م: وإن كانت مذبوحة.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.

وأما العصب ففيه روايتان، في رواية: جاز الانتفاع به وبيعه؛ لأنه طاهر، فقد صح أن رسول الله ﷺ «استعمله في إصلاح القوس»[١] ولا يجوز بيع شعر الخنزير؛ لأن الخنزير عينه نجس بجميع أجزائه منع الشرع عن الانتفاع به إهانة لعينه، واستقباحا لذاته، وفي البيع إعزاز له، إلا أنه رخص للجواز للانتفاع به من حيث الخرز لأجل الضرورة، [ومواضع الضرورة][٢] مستثناة عن قواعد الشرع.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه كره الانتفاع به للخرازين؛ لأنه نجس ولا ضرورة في الانتفاع؛ لأن الخرز يحصل بغيره، وعن بعض السلف أنه كان لا يلبس مكعبا ولا خفا خرز من شعر الخنزير[٣].

وشعر الآدمي طاهر ولا يجوز الانتفاع به، وروي عن محمد - رحمه الله -: أنه جوز الانتفاع به.

ويجوز بيع السرقين والانتفاع به، وأما العذرة فلا يجوز الانتفاع بها ما لم تخلط بالتراب ويكون غالبا، وهذا لأن محلية البيع بالمالية، والمالية بالانتفاع، والناس اعتادوا الانتفاع بالبعر والسرقين من حيث الإلقاء في الأرض لكثرة الريع، أما ما اعتادوا الانتفاع بالعذرة ما لم تكن مخلوطة بالتراب ويكون التراب هو الغالب.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: أفسده الحرام والغالب عليه الحلال[٤]، فلا بأس أن يبيعه ويبين ذلك، فلا بأس بالانتفاع به كالفأرة تقع في السمن والعجين وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته، وكذلك[٥] الزيت إذا وقع فيه ودك الميتة، فإن كان الزيت غالبًا جاز بيعه، وإن كان الودك غالبا لم يجز.

والمراد من الانتفاع حال غلبة الحلال الانتفاع في غير الأبدان، فأما في الأبدان

---

(١) لم أقف عليه.
(٢) سقط في م.
(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٣٥٠).
(٤) في م: الحرام.
(٥) في أ: ولا كذلك.

فلا يجوز الانتفاع به.

ويجوز بيع البربط والطبل والمزمار والدف والنرد[١]، وأشباه ذلك في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وعندهما: لا يجوز بيع هذه الأشياء قبل الكسر.

ذكر المسألة في إجارات الأصل من غير تفصيل.

وذكر في السير الكبير تفصيلا على قولهما فقال: إن باعها[٢] ممن لا يستعملها ولا يبيعها هذا المشتري ممن يستعملها فلا بأس ببيعها قبل الكسر، وإن باعها ممن يستعملها [أو ليبيعها][٣] هذا المشتري [ممن يستعملها][٤] لا يجوز بيعها قبل الكسر.

[قال][٥] شيخ الإسلام: ما ذكر من الإطلاق في الأصل محمول على التفصيل المذكور في السير، فوجه قولهما: أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فسقطت ماليتها

---

(١) اختلف العلماء في بيع آلات الملاهي بناء على اختلافهم في حكم الغناء على قولين:
القول الأول: لا يجوز بيع آلات اللهو والغناء، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.
القول الثاني: يجوز بيع آلات الملاهي ويصح العقد عليها، وإلى هذا ذهب الظاهرية.
ينظر: الهداية (٣/ ٢٤٠)، البحر الرائق (٨/ ٢١٤)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح (١/ ٢١٥)، شرح فتح القدير (٧/ ٤٠٩)، بدائع الصنائع (٤/ ١٨٩)، العناية في شرح الهداية (٧/ ٤٠٨)، التاج والإكليل (٨/ ١٦٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٦٦)، ١٦٧، الفواكه الدواني (٢/ ٢٩٨)، مغني المحتاج (٦/ ٣٤٧، ٣٤٨)، روضة الطالبين (١١/ ٢٢٧، ٢٢٨)، أسنى المطالب (٤/ ٣٤٤)، المهذب (٢/ ٣٢٦، ٣٢٧)، تحفة المحتاج (١٠/ ٢١٨)، حاشية الجمل (٥/ ٣٨٠)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٤/ ٣٢١)، المبدع (١٠/ ٢٢٧)، الفروع (٦/ ٥٧٤)، الإنصاف للمرداوي (١٢/ ٥١)، الكافي في فقه ابن حنبل (٤/ ٥٢٦)، المغني (١٠/ ١٧٤، ١٧٥)، غذاء الألباب في شرح منظومة الآداب (١/ ١٥٢)، المحلى (٧/ ٥٥٩).

(٢) في أ: باعهما.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

وألحقت بالعدم، ومن شرط جواز البيع المالية.

ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أن هذه الآلات ليست بمحرمة العين وكونها آلة المعصية إنما توجب سقوط التقويم[(١)]، والمالية إذا كانت متعينة للمعصية.

وهذه الأشياء لم تتعين آلة للمعصية؛ لأن الانتفاع بهذه الأشياء ممكن بوجه حلال بأن يجعل النرد سنجات[(٢)]، والبربط والطبل والدف ظروف الأشياء، وإذا لم تكن متعينة للمعصية فلا يسقط تقومها [وماليتها حتى جاز بيعها وتقومها][(٣)] كالمتعينة، فإنه لا يتصور الانتفاع بعينها بطريق حلال لا يسقط تقومها وماليتها [حتى جاز بيعها كذا هنا][(٤)].

وذكر أبو الحسن - رحمه الله - في الجامع المنسوب إليه في ذبيحة المجوس: وكل شيء يعملونه هو عندهم ذكاة كالتخنيق والضرب حتى يموت فإنه يجوز البيع بينهم عند أبي يوسف - رحمه الله -، ولو استهلكها مسلم ضمن القيمة وليس كالميت حتف أنفه.

وقال محمد - رحمه الله -: هو والميت حتف أنفه سواء؛ لأن الذكاة فعل شرعي، فإذا لم يكن الفاعل من أهله صار الذبح من حتفه، والموت حتف أنفه سواء.

ولأبي يوسف - رحمه الله -: أنهم يتمولون [ذبائحهم كما يتمولون][(٥)] الخمور ونحن أمرنا [ببناء][(٦)] الأحكام على اعتقادهم وأن نتركهم وما يدينون، وظهر حكم دياناتهم في حقهم بخلاف الميت حتف أنفه؛ لأنه ليس بمال في حق أحد.

---

(١) في أ: التقوم.
(٢) في م: سبحات.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في م.

[وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: يجوز بيع الأشربة المحرمة كلها إلا الخمر والخنزير وعلى مستهلكها الضمان[١]][٢].

وقال أبو يوسف، ومحمد رحمهما الله: لا يجوز بيعها ولا ضمان على مستهلكها لأنه حرم شربها، وقد قال عليه السلام: «إن الله إذا حرم شرب شيء حرم بيعه وأكل ثمنه»[٣] أوجب تحريم البيع عند تحريم الشرب، وفيه إشارة إلى سقوط التقوم وذلك شرط لوجوب الضمان.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه -: أن حرمة هذه الأشربة ما ثبتت على طريق التعيين بل بالاجتهاد الذي يوجب العمل دون العلم فلا يوجب [سقوط][٤] التقوم والمالية اللذين كانا من قبل، والحديث منصرف إلى ما ثبتت فيه الحرمة قطعا وهو الخمر.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - في العصير إذا ذهب ثلثه[٥] [واشتد: أنه][٦] لا يجوز بيعه بخلاف المنصف.

---

(١) نقل ابن عبد البر رحمه الله تعالى الإجماع على تحريم بيع الخمر فقال: «لا يحل لمسلم بيع الخمر ولا التجارة فيها». وقال ابن قدامة: «ولا يجوز بيع الخمر، ولا التوكيل في بيعه، ولا شراؤه، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز». وقال ابن حجر: «وأجمعوا على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير».
ينظر: الاستذكار (٢٤/ ٣١٧)، المغني (٦/ ٣٢٠)، فتح الباري (٤/ ٤٢٦).

(٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٢٤٧، ٢٩٣)، وأبو داود ٢/ ٣٠٢ كتاب البيوع باب في ثمن الخمر والميتة (٣٤٨٨)، والبيهقي ٦/ ١٣ كتاب البيوع باب تحريم بيع ما يكون نجسًا، كلهم من طريق أبى الوليد عن ابن عباس قال: رأيت رسول الله ﷺ جالسا عند الركن قال: فرفع بصره إلى السماء فضحك فقال: «لعن الله اليهود، ثلاثا، إن الله تعالى حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله تعالى إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه».

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: ثلاثه.

(٦) في أ: واستدانه.

نوع آخر: في بيع الجنس بالجنس:

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: ويجوز بيع الرطب بالتمر متساويًا كيلا، ولا يجوز متفاضلا[1].

---

(١) ورد النهي عن بيع الرطب بالتمر في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، أن النبي ﷺ: سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: «أينقص الرطب إذا جف؟» قالوا: نعم، قال: «فلا إذًا» [أخرجه النسائي (٧/ ٢٦٩)، ونقل ابن حجر تصحيح ابن المديني له في بلوغ المرام، ص (١٩٣)]، وفي رواية أنه قال: «لا يباع رطب بيابس» [أخرجه البيهقي (٥/ ٢٩٥) من حديث عبد الله بن أبي سلمة مرسلا. ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي أنه قال: وهذا مرسل جيد، وهو شاهد لحديث سعد بن أبي وقاص يعني المتقدم. (نصب الراية ٤/ ٤٣) وهو كلام البيهقي كذلك]، ولا يستجيز جمهور الفقهاء: مالك والشافعي وأحمد والصاحبان من الحنفية هذا البيع، ونحوه: كالعنب بالزبيب، واللبن بالجبن، والحنطة الرطبة باليابسة، وذلك للحديث المذكور، قالوا: وفيه إشارة إلى أن المماثلة تعتبر عند الجفاف، وإلا فالنقص أوضح من أن يسأل عنه، وهي مجهولة الآن؛ ولأنه جنس فيه الربا، بيع بعضه ببعض، على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان، فلم يجز. وعبارة الخرقي: ولا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه، إلا العرايا. وربما اعتبره بعض المالكية من المزابنة، وهي - بتفسير ابن جزي - بيع شيء رطب بيابس من جنسه، سواء أكان ربويا أم غير ربوي، فتمتنع في الربوي، لتوقع التفاضل والغرر، وتمتنع في غير الربوي للنهي الوارد عنها في الحديث، وللغرر. وتفرد أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - بالقول بالجواز - كما يقول الكمال ابن الهمام ومتون الحنفية عليه. ونص الحصكفي على أنه: يجوز بيع رطب برطب، أو بتمر متماثلا.. في الحال لا المآل، خلافا لهما، فلو باع مجازفة لم يجز اتفاقا. وقد استدل أبو حنيفة بحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد». [أخرجه مسلم (٢/ ١٢١١)] ففي وجه الاستدلال بهذا الحديث يقول أبو حنيفة: الرطب: إما أن يكون تمرا، أو لا يكون. فإن كان تمرا، جاز العقد عليه، لقوله في أول الحديث: التمر بالتمر، وإن كان غير تمر، جاز العقد عليه أيضا، لقوله في آخر الحديث: إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم. ولم يأخذ بحديث النهي السابق لأنه دائر على زيد بن عياش، وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وهو مجهول وعلى تقدير صحته، فقد ورد بلفظ نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة [أخرجه أبو داود (٦٥٨) وأعله الدارقطني والزيلعي بجهالة أحد رواته. (نصب الراية ٤/ ٤٣)] وهذه زيادة يجب قبولها.

ينظر: شرح المحلي على المنهاج (٢/ ١٧٠)، وتحفة المحتاج (٤/ ٢٨١)، المغني (٤/ ١٣٢)، شرح المنهج بحاشية الجمل (٣/ ٥٦)، والشرح الكبير للدردير (٣/ ٥٢)، والقوانين =

وعندهما: لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متساويا [كيلا ومتفاضلا][(١)].

فالأصل: أن كل مكيل أو موزون قوبل بجنسه إن كانت المجانسة بينهما قائمة من وجه دون وجه لا يكتفى بالمماثلة الحالية لجواز البيع، عرف ذلك بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام: «الحنطة بالحنطة مثلا[(٢)] بمثل كيلا[(٣)] بكيل، والذهب بالذهب مثلا[(٤)] بمثل وزنا[(٥)] بوزن»[(٦)] قيد الجواز بالمماثلة الحالية [إذا كانت المجانسة قائمة للحال من كل وجه.

بعد هذا قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: التمر جنس الرطب من وجه دون وجه كان بعض معاني الرطب فاتت بالجفاف، والبعض باق؛ فلا يكتفى بالمماثلة الحالية][(٧)] لجواز البيع.

= الفقهية، ص (١٦٨، ١٦٩)، الدر المختار (٤/ ١٨٥)، فتح القدير (٦/ ١٦٨، ١٦٩)، وتبيين الحقائق (٤/ ٩٢)، ٩٣ وبدائع الصنائع (٥/ ١٨٨).

(١) سقط في أ.

(٢) في م: مثل.

(٣) في م: كيل.

(٤) في م: مثل.

(٥) في م: وزن.

(٦) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١) كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا، حديث (٨٠/ ١٥٨٧)، وأبو داود (٣/ ٦٤٣) كتاب البيوع، باب: في الصرف، حديث (٣٣٤٩)، والترمذي (٣/ ٥٤١) كتاب البيوع، باب: ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، حديث (١٢٤٠)، والنسائي (٧/ ٢٧٤، ٢٧٥) كتاب البيوع، باب: بيع البر بالشعير، وابن ماجه (٢/ ٧٥٧) كتاب التجارات، باب: الصرف (٢٢٥٤)، وأحمد (٥/ ٣١٤)، والدارمي (٢/ ٢٥٨، ٢٥٩) كتاب البيوع، باب: في النهي عن الصرف، والدارمي (٢/ ٢٥٩) كتاب البيوع، باب: في النهي عن الصرف، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٦٦)، وابن الجارود رقم (٦٥)، والدارقطني (٣/ ٢٤) كتاب البيوع، حديث (٨٢)، والبيهقي (٥/ ٢٧٧، ٢٧٨). وقال الترمذي: حسن صحيح.

عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فإِذَا اخْتَلَفَتْ هذِهِ الأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ؛ إِذَا كانَ يَدًا بِيَدٍ».

(٧) سقط في أ.

فأبو حنيفة - رحمه الله - قال: المجانسة بين الرطب [والتمر](١) قائمة من كل وجه؛ لأنها كانت ثابتة من كل وجه قبل الجفاف [لاتحاد الاسم واتحاد المنفعة، وبعد الجفاف الاسم متحد؛ لأن الرطب يسمى تمرا، وبالجفاف](٢) لا يزول(٣) جنس منفعته بأصلها فإنه يجيء من التمر [جميع](٤) ما يجيء من الرطب، إنما يتمكن ضرب(٥) نقصان، والمجانسة إذا كانت ثابتة من كل وجه [فإنما تزول من كل وجه إذا فات جنس(٦) منفعة بأصلها كما في الحنطة مع الدقيق، فإن بالطحن يفوت جنس منفعة أصلا وهي منفعة الزراعة واتحاد الهريسة وكما في المقلية مع غير المقلية؛ لأن بالقلي يفوت جنس منفعتها(٧) أصلا وهي منفعة الزراعة، وهاهنا لم يفت جنس منفعة بأصلها فكانت المجانسة ثابتة من كل وجه](٨) فيكتفى بها لجواز البيع.

وأما بيع الرطب بالرطب يجوز إن(٩) تساويا كيلا عند علمائنا رحمهم الله.

وكذلك بيع الباقلاء الرطبة بباقلاء [رطبة](١٠).

وأما بيع البسر بالتمر فله ذكر في الكتب، وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في بيوعه: أنه يجوز بالإجماع إذا تساويا كيلا يدا بيد.

وأما بيع العنب بالزبيب فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجوز إذا تساويا

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: يفوت.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: صرف.
(٦) زاد في أ: سقوط.
(٧) في أ: منفعته.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: إذا.
(١٠) سقط في م.

[كيلا][(١)] هكذا ذكر في نوادر هشام، وذكر في موضع آخر أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - إنما يجوز هذا البيع على سبيل الاعتبار، وتفسيره: أن يكون[(٢)] [الزبيب أكثر حتى يكون][(٣)] الزبيب بالزبيب من العنب والباقي[(٤)] بإزاء[(٥)] الماء القائم للحال وعلى قول محمد - رحمه الله - لا يجوز.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه أن بيع العنب بالزبيب نظير بيع الرطب بالتمر على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: يجوز إذا تساويا كيلا، وعلى قولهما: لا يجوز؛ فعلى ما ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - لا يحتاج إلى الفرق لأبي يوسف رحمه الله [في][(٦)] بيع العنب بالزبيب وبيع الرطب بالتمر، وعلى ما ذكره هشام يحتاج إلى الفرق.

والفرق أن الرطوبة التي في الرطب من[(٧)] أجزاء التمر ولهذا ينطلق على الرطب اسم التمر[(٨)]، ولو كانت الرطوبة شيئا آخر، وأجزاء التمر شيئا آخر لكان لا ينطلق على الرطب اسم التمر كما لا ينطلق على العنب اسم الزبيب، وإذا اعتبرت الرطوبة من أجزاء التمر كانا شيئًا واحدا إلا أن المجانسة بينهما قائمة من وجه دون وجه، والمماثلة في الحال في مثل هذا لا تكفي لجواز البيع.

أما الرطوبة التي في العنب ليست من أجزاء الزبيب، ولهذا لا ينطلق على العنب اسم الزبيب بل هما شيئان: ماء وثفل، فكانا كالسمسم مع الدهن، وإذا باع الحنطة [المبلولة بالحنطة][(٩)] اليابسة على قول أبي حنيفه - رحمه الله - وأبي يوسف

(١) سقط في م.
(٢) زاد في أ: أكثر.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: الثاني.
(٥) في م: بإزائه.
(٦) سقط في م.
(٧) في أ: في.
(٨) زاد في م: كمالا.
(٩) سقط في م.

[أيضًا][١]: يجوز إذا تساويا كيلا.

وعلى قول محمد - رحمه الله -: لا يجوز. هكذا ذكر في الأصل.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرحه: إن الرواية محفوظة عن محمد - رحمه الله - أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت، أما إذا لم تنتفخ بعد ذلك لكن من ساعته يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلا.

قال محمد - رحمه الله -، وهذا نظير زبيب يابس بزبيب قد بل بالماء عند أبي حنيفة - رحمه الله -: يجوز هذا البيع انتفخ أو لم ينتفخ.

وعند محمد - رحمه الله -: إذا انتفخ لا يجوز، وإذا لم ينتفخ يجوز.

وأما بيع الحنطة الرطبة بالحنطة اليابسة، ذكر بعض المشايخ أنه على الخلاف المذكور في بيع الحنطة [المبلولة][٢] بالحنطة اليابسة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -: يجوز إذا تساويا كيلا.

وعلى قول محمد - رحمه الله -: لا يجوز.

وبعضهم ذكر قول أبي يوسف - رحمه الله - في هذه المسألة مع قول محمد - رحمه الله -.

فعلى قول هذا القائل يحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين المبلولة باليابسة، وبين بيع الرطبة باليابسة.

والفرق: أن المبلولة مع اليابسة جنس واحد من كل وجه؛ لأن بالبل لم[٣] يزل الاسم ولا جنس منفعته فإن المبلولة تصلح للطحن والزراعة كاليابسة إلا أنه [لم][٤] يكن فيه نوع نقصان، وإذا بقيت المجانسة من كل وجه كان شرط جواز البيع المماثلة

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: لا.
(٤) سقط في م.

في الحال وقد وجدت، أما الرطبة مع اليابسة جنسان من وجه؛ لأن الرطبة لا تصلح للطحن والزراعة، واليابسة تصلح لذلك فقد عدم في الرطبة جنس منفعته فتزول المجانسة من وجوه وفي مثل هذه المجانسة(١) في الحال لا تكفي، وأما(٢) بيع الحنطة المبلولة [بالحنطة المبلولة](٣) فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: [يجوز](٤) إذا تساويا كيلا، وكذا الزبيب المنقع [والتمر المنقع](٥) بالتمر المنقع، وفي بيع المقلية بغير المقلية اختلاف المشايخ والأصح أنه لا يجوز وإن تساويا كيلا؛ لأن المجانسة بينهما ثابتة من وجه؛ لأن بالقلي يفوت جنس منفعة بأصلها وهي منفعة الزراعة والخبز، والمماثلة الحالية في مثل هذا لا تكفي للجواز.

وأما بيع المقلية [بالمقلية](٦) فيجوز إذا تساويا كيلا؛ لأن المجانسة بينهما قائمة من كل وجه فيكتفى لجواز [البيع](٧) بالمماثلة [الحالية](٨).

ولا خير في بيع الحنطة بالدقيق متساويا ومتفاضلا؛ لأن المجانسة بين الحنطة والدقيق ثابتة من وجه فائتة من وجه، أما ثابتة من وجه؛ لأن أثر الطحن في تفريق الأجزاء لا غير، والمجتمع لا يصير شيئًا آخر بالتفريق، بهذا تثبت حرمة ربا الفضل بين الحنطة والدقيق، وأما فائتة من وجه بدليل اختلاف الاسم والصورة والمعنى، والمماثلة الحالية في مثل هذا لا تكفي للجواز.

وبيع الدقيق [بالدقيق](٩) يجوز إذا تساويا كيلا؛ لأن المجانسة بينهما قائمة من كل

---

(١) في أ، م: المماثلة.
(٢) في م: وإنما.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في م.

وجه والاتفاق في القدر ثابت فيجوز البيع عند التساوي كيلا كبيع الحنطة بالحنطة، بيان المجانسة ظاهر، وبيان الاتفاق في القدر أن الدقيق كيلي فإن الناس اعتادوا بيعه كيلا [ولهذا جاز المسلم كيلا][١]، ويجوز بيعه في الذمة كيلا وكذا يجوز استقراضه كيلا.

وحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -: أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين.

وإذا باع الحنطة بالحنطة وزنًا فلا يجوز.

فالأصل فيه أن ما ثبت كيله بالنص لا يجوز بيعه بجنسه وزنا كالحنطة بالحنطة، وما ثبت وزنه بالنص لا يجوز بيعه بجنسه كيلا كالدراهم بالدراهم[٢] وكالدنانير بالدنانير كيلا، وما لا نص فيه ولكن عرف كونه مكيلا على عهد رسول الله ﷺ فهو مكيل أبدًا، وإن اعتادوا الناس بيعه وزنًا في زماننا، وما عرف كونه موزونًا في ذلك الوقت فهو موزون أبدًا، وما لم يعرف حاله على عهد رسول ﷺ يعتبر فيه عرف الناس فإن تعارفوا كيله فهو مكيل، وإن تعارفوا وزنه فهو وزني، وإن تعارفوا وزنه وكيله فهو كيلي ووزني، وهذا [كله][٣] قول أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد أيضًا.

فأما على قول أبي يوسف: المعتبر في جميع الأشياء العرف سواء عرف كونه مكيلا على عهد رسول الله ﷺ أو موزونا.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: وأجمعوا على أن ما ثبت كيله بالنص إذا بيع وزنا بالدراهم يجوز.

وكذلك ما ثبت وزنه بالنص إذا بيع كيلا بالدراهم، يجوز.

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: بالدنانير.
(٣) سقط في م.

وعن محمد - رحمه الله - في المنتقى في باب صفة تسليم الثمن والمثمن: أن شراء البُر وزنا لا يجوز، فإن أخذه رد مثله بكيله، فإن أكل قبل أن يكيله فالقول قوله أنه كذا وكذا قفيزا مع يمينه[(١)]، واستحسن في التمر أن يجوز بيعه وزنًا إذا كان الثمن بعينه فيقول: بعتك منه كذا رطلاً بدرهم.

وفي المنتقى أيضًا في باب السلم الصحيح والفاسد رواية إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: لا يجوز في الحنطة السلم وزنا في آخر هذا الكتاب.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: لا بأس بالسلم في الحنطة بالوزن.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا أسلم في التمر[(٢)] وزنا جاز استحسانا.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنه لا يجوز.

وفي المنتقى أيضًا في باب القرض وصحته وبطلانه عن محمد - رحمه الله -: لا يجوز الحنطة أن تقرض وزنًا، فإن أخذها وأكلها قبل أن يكيلها فالقول قول المستقرض أنها كذا وكذا قفيزا.

وقال هشام - رحمه الله -: قلت لمحمد: إن التمر الذي يباع وزنا، قال: لا يصلح ذلك؛ لأن أصله كيلي.

وفي المنتقى: إذا باع التمر بالتمر كيلا بكيل مثلا بمثل وتفاوت [في الوزن يجوز، فإن باعه وزنا بوزن مثلا بمثل ويتفاوت كيله][(٣)] ذكر في موضع منه: لا يجوز، وذكر في موضع آخر: أنه يجوز؛ لأن التمر يكال ويوزن.

قال: وكذلك كل ما يكال ويوزن لا بأس ببيعه بجنسه كيلا ووزنًا.

وفي الأصل: ولا خير في الحنطة بالحنطة مجازفة.

---

(١) في أ: عينه.
(٢) في أ: الثمن.
(٣) بدل ما بين المعقوفين في م: كيلا.

قالوا: وهذا إذا كانت الحنطة بحيث تكال، فأما إذا كانت قليلا[(١)] يجوز بيع البعض بالبعض مجازفة.

قالوا: وكذلك الجواب في كل مكيل أو موزون، فإن بيعت الحنطة بالحنطة مجازفة ثم كيلا بعد ذلك فكانا متساويين لا يجوز.

فالأصل أن في كل موضع اعتبرت المماثلة بين البدلين في العيار الشرعي شرطا لجواز العقد يشترط العلم بالمماثلة في العيار وقت مباشرة العقد ويجوز بيع الفضة بالفضة الكفة بالكفة، وإن لم يعلم مقدار كل واحد منهما؛ لأنا تيقنا بالتساوي في [المعيار؛ لأن معيار الفضة الوزن، وقد تيقنا التساوي في][(٢)] الوزن وإن لم يعلم مقدار ذلك.

وفي الأصل: إذا باع قفيزا من حنطة بنصف قفيز هو أجود منها لا يجوز، فهذه المسالة تبين أن أدنى ما يكون مالا للربا من الحنطة نصف قفيز.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في كتاب الصرف في شرح الأحاديث: أن أدنى ما يجري فيه الربا من الأشياء المكيلة نحو الحنطة وأشباهها نصف صاع، وذلك مدان حتى لو باع مدين من الحنطة بثلاثة أمناء من الحنطة فصاعدا لا يجوز، [وكذلك إذا باع منوين من الشعير بثلاثة أمناء من الشعير فصاعدا لا يجوز][(٣)]، ولو باع منوين من الحنطة بمنوين من الحنطة، أو[(٤)] منوين من الشعير بمنوين من الشعير يجوز.

ولو باع نصف مَنٍّ من الحنطة [بمنوين من الحنطة][(٥)] فصاعدا يجوز.

وقد صح عن عبادة بن الصامت - رحمه الله - أنه قال في خطبته بالشام: «أيها

---

(١) زاد في م: لا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: و.
(٥) سقط في م.

الناس إنكم [قد][(١)] أحدثتم[(٢)] بيوعا لا يدرى ما هي ألا وإن الحنطة بالحنطة مدين بمدين وإن الشعير بالشعير وذكر في التمر والملح مثل ذلك فمن زاد أو استزاد فقد أربى»[(٣)]، وبهذا يتبين أن ما ذكر محمد رحمه الله في الأصل أن أدنى مال الربا من الحنطة نصف قفيز أن المراد منه نصف صاع أو يكون في المسألة روايتان.

وإذا باع حنطة بحنطة وفي كل واحد من الجانبين حبات شعير[(٤)] لا يجوز إلا متماثلا لأن الشعير مغلوب فكان مستهلكا. في الجامع في باب الدراهم المخلوطة.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح الزيادات: أن في باب الوصية بعد باب المهر قبيل باب الحيض: إذا بيع الشعير بالحنطة وفي الشعير حبات الحنطة إن كان مثل ما يكون في الشعير يجوز.

وإذا باع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز، كما لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنا، وبيع السويق بالسويق، [وبيع النخالة بالسويق][(٥)] نظير بيع الدقيق بالدقيق، وإذا باع دقيقًا منخولا بدقيق غير منخول جاز إذا تساويا؛ لأنهما جنس واحد إلا أن أحدهما أجود.

وبيع الحنطة بالسويق نظير بيع الحنطة بالدقيق. وبيع الدقيق بالخبز، وبيع الحنطة بالخبز يجوز متفاضلا ومتساويا بعد أن يكون يدا بيد.

وذكر في نوادر أبي يوسف - رحمه الله - وهكذا روى عن محمد - رحمه الله -: وهذا لأن المجانسة بين الخبز والحنطة، وإن كانت قائمة من وجه لأن الخبز أجزاء حنطة[(٦)] قد طحنت[(٧)] والاتفاق في القدر فائت[(٨)] من كل وجه؛ لأن أحدهما كيلي

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: أخذتم.
(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٠) كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا، حديث (٨٠/ ١٥٨٧).
(٤) زاد في أ: أنه.
(٥) سقط في م.
(٦) في أ، م: دقيق.

والآخر عددي، وفي مثل هذا لا يحرم(١) ربا النقد، فالأصل أن ربا النقد لا يحرم إلا بوصفين وهو القدر والجنس، ويعني بالقدر الكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، فإن(٢) اتفق البدلان جنسا وكيلا أو وزنا يحرم الفضل وما لا فلا.

وفي شرح الطحاوي: أن بيع الحنطة أو الدقيق بالخبز لا يجوز على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يدًا بيد ولا نسيئة.

وعندهما: كيف ما كان وسيأتي بيع الحنطة بالخبز وأحدهما نسيئة في باب السلم إن شاء الله تعالى. وبيع الدقيق بالنخالة لا يجوز إلا بطريق الاعتبار عند أبي يوسف - رحمه الله -.

وقال محمد - رحمه الله -: لا يجوز إلا إذا تساويا.

وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز على قول أبي حنيفة - رحمه الله - تساويا كيلا أو تفاضلا، [وعندهما: يجوز تساويا أو تفاضلا](٣) بعد أن يكون يدًا بيد.

وإذا باع الزيت بالزيتون فهو على أربعة أوجه:

إما أن يكون الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في الزيتون، وفي هذا الوجه البيع جائز ويجعل الدهن الذي في الزيتون بمثله من الدهن الخالص، والباقي(٤) من الدهن الخالص (٥)يجعل بإزاء الثفل(٦)، وإن كان الدهن الخالص مثل الدهن الذي في الزيتون لا يجوز البيع؛ لأن الدهن يصير بمثله ويبقى الثفل(٧) خاليا من(٨)

---

(٧) في أ: طبخت.
(٨) في م: قد فات.

(١) في أ: يجوز.
(٢) في م: فإذا.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: والتاني.
(٥) في أ: الحاصل.
(٦) في أ: النقل، والثُّفْل بالضم والثافل ما استقر تحت الشيء من كُدْرَة. ينظر: المغرب، مادة (ثفل).
(٧) في أ: النقل.
(٨) في أ، م: عن.

العوض فيكون ربا، وهذا إذا كان الثفل في الآخر شيئًا له قيمة، فإن لم يكن له قيمة جاز البيع في هذا الوجه إذ لا يؤدي إلى الربا، وإن كان[١] الدهن الخالص [أقل من][٢] الدهن الذي في الزيتون لا يجوز البيع؛ إذ يبقى بعض الدهن خاليا عن العوض، [وإن كان لا يدري لا يجوز [البيع][٣] لجواز أن الدهن الخالص مثل الدهن الذي في الزيتون][٤] أو أقل، والبيع في مال الربا عند مقابلة الجنس [بالجنس][٥] كما يبطل بفضل متحقق يبطل بفضل موهوم[٦].

ألا ترى أن بيع الحنطة بالحنطة مجازفة لا يجوز، [وإنما لا يجوز][٧] لفضل موهوم.

وإذا باع دهن السمسم بالسمسم، أو العصير بالعنب، أو التمر الذي فيه نوى بالتمر الذي لا نوى فيه، أو الرطب بالدبس، أو الزبد[٨] بالسمن، أو المحلوج[٩] بالقطن، أو الغزل بالقطن، أو لب الجوز بالجوز فهو على ما ذكرنا في بيع الزيت بالزيتون، وهذا الذي ذكرناه قول علمائنا رحمهم الله.

وقال مالك والشافعي - رضي الله عنهما -: لا يجوز البيع وإن كان المفرز أكثر في المسائل كلها، والصحيح مذهب علمائنا رحمهم الله؛ لأن في السمسم والزيتون شيئان: حقيقة الدهن والثفل، فيمكننا تجويز هذا البيع متى كان الخالص أكثر، بأن يجعل ما في الزيت والسمسم بمثله من الخالص والباقي بإزاء[١٠] الثفل كما بعد

(١) زاد في أ: لا يبرئ لا يجوز لجواز أن.
(٢) في أ: مثل.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: متوهم.
(٧) سقط في م.
(٨) في أ، م: اللبن.
(٩) في م: المخارج.
(١٠) في أ: بأن.

التمييز، وكان القياس فيما إذا باع الزيتون بالزيتون أو [السمسم بالسمسم][١] أو الحنطة بالحنطة أو التمر بالتمر متفاضلا يجوز ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس؛ لأن في الزيتون ثفل ودهن، وفي الجانب الآخر كذلك في التمر تمر ونوى، وفي الحنطة دقيق ونخالة إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالنص، فإن النص لما أثبت الربا في هذه الأموال[٢] سقط اعتبار الحقيقة وجعل الكل شيئا واحدًا لا يجوز بيع الثفل بالزيادة من الخالص إلا باعتبار المماثلة؛ لأن الثفل دهن حكما لما اعتبر الثفل مع الزيت شيئا واحدا ولم توجد المماثلة بين الزيادة من الخالص وبين الثفل، فلا يجوز.

قلنا: والنص الوارد بإسقاط هذه الحقيقة في تلك الصورة لا يكون واردا فيما تنازعنا فيه؛ لأن فيما تنازعنا فيه يتحقق الربا مع اعتبار هذه الحقيقة في بعض الأحوال بأن يكون الدهن الخالص مثل الدهن الذي في السمسم أو أقل، وإذا كان الربا في المتنازع فيه يتحقق [في بعض الأحوال مع اعتبار هذه الحقيقة في بعض الأحوال بأن يكون الدهن الخالص مثل الدهن الذي في السمسم لا ضرورة إلى إسقاط اعتبار هذه الحقيقة][٣] وإذا لم يسقط اعتبار هذه الحقيقة حصل بيع الدهن الخالص [بجنسه][٤] وبالثفل، والتقريب[٥] ما مر.

وفي المنتقى: ولا خير في القطن المحلوج بالقطن الذي فيه حب إلا مثلا بمثل، وكذلك التمر بالتمر المشقوق.

وإذا اشترى تمرا بنوى لا يجوز إلا إذا كان ما في التمر من النوى أقل[٦]، وكذلك

---

(١) في أ: السمن بالسمن.
(٢) زاد في أ: علما لما.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: عن جنسه.
(٥) في أ: القريب.
(٦) زاد في أ: وإذا كان.

إذا اشترى قطنا بحب قطن، وكذلك إذا اشترى دقيقا غير منخول بنخالة.

وإذا باع السمن[(١)] بالزبد فعن أبي حنيفة - رحمه الله -: [أنه][(٢)] أفسده على كل حال؛ لأن الزبد إذا حمل على النار انتقص.

قيل: لِمَ لا يقابل النقص بثفل الزبد[(٣)] إذا كان السمن [في الباقي أكثر][(٤)].

قال: لأنه لا قيمة له، وقد مر جنس هذا فيما تقدم.

ذكر المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه كان يكره[(٥)] التمرة بالتمرتين، وكان يقول: [كل][(٦)] شيء حرم منه الكثير فالقليل منه حرام.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - في مجرده في مائة جوزة بمائة جوزة يدا بيد بأعيانهما: أنه يجوز.

وفي الأصل: لو باع تمرة بتمرتين أو جوزة بجوزتين، أو تفاحة بتفاحتين، فالبيع جائز عندنا من غير ذكر خلاف.

فإن قيل: البيض والجوز جعلا أمثالا في ضمان المستهلكات فينبغي ألا يجوز بيع الواحد بالاثنين.

قلنا[(٧)]: لا مماثلة بينهما حقيقة [للتفاوت][(٨)] صغيرًا أو كبيرًا إلا أن الناس اصطلحوا على إهدار التفاوت فيعمل [ذلك][(٩)] في حقهم وهو ضمان العدوانات دون الربا الذي هو شرع عليم.

---

(١) في أ: الثمن.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: بالثقل.
(٤) في أ: أيضًا في البر.
(٥) في أ: يكرم.
(٦) سقط في م.
(٧) في أ: قلت.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في م.

وإذا باع شاة بلحم فإن كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساويا وزنا؛ لأن كل واحد منهما موزون فقد باع موزونا بجنسه متساويا [فيجوز](١)، وأراد بالمسلوخة: المفصولة عن السقط، [وإن كانت مذبوحة غير مسلوخة لا يجوز إلا على سبيل الاعتبار بأن](٢) يكون اللحم [المفصول](٣) أكثر ليصير بعضه بإزاء السقط، وإن كانت حية، فالقياس ألا يجوز إلا على سبيل الاعتبار، وهو قول محمد - رحمه الله -.

وعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف رحمه الله يجوز من [غير](٤) اعتبار؛ لأن(٥) الشاة مع اللحم المفصول جنسان مختلفان، عرفنا ذلك بالنص فإن الله تعالى قال: ﴿فَكَسَوْنَا ٱلْعِظَٰمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ﴾ أي: بعد نفخ الروح، فقد سماه خلقا آخر بعد نفخ الروح فعلمنا أن [الحي جنس آخر غير الجماد، فجعلنا](٦) الشاة الحية مع اللحم جنسين نصا فيجوز بيع أحدهما بالآخر كما لو كانا جنسين حقيقة بأن باع لحم البقرة بالشاة وما أشبهه.

وإذا باع ثوبا منسوجا بذهب، فالذهب الخالص لا بد لجوازه من الاعتبار، وهو أن يكون الذهب المنفصل أكثر، وكان ينبغي أن يجوز البيع من غير اعتبار؛ لأن الذهب الذي نسج خرج من أن يكون موزونا(٧)، ولهذا لا يباع وزنا، وربا الفضل يعتمد المجانسة والمعيار.

والجواب، وهو الأصل في جنس هذه المسائل: أن الناس متى تركوا الوزن في شيء ثبت كونه موزونًا بالنص، لا يخرج من أن يكون موزونًا؛ إذ ليس [إلى

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: وإنما شرط أن.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: أن.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: وزنيا.

العباد][1] تغيير[2] المنصوص عليه، ومتى تركوا الوزن فيما يثبت وزنه باصطلاحهم، ينظر: إن تركوا الوزن فيه للتعذر لا يخرج ذلك الشيء من أن يكون موزونا؛ ألا ترى أنه لو باع لب الجوز بالجوز لا يجوز إلا على طريق الاعتبار، والجوز عددي واللب موزون فينبغي أن يجوز من غير اعتبار، ولكن قيل: اللب الذي في الجوز موزون وإن ترك الناس وزنه؛ لأنهم إنما تركوا وزنه [للتعذر بسبب][3] اتصاله بالقشر، فلم يخرجه عن أن يكون موزونا فقد باع الموزون بجنسه وبشيء آخر فيشترط الاعتبار، وهذا لأن ترك الوزن إذا كان بسبب التعذر لا يكون إعراضا عن الاصطلاح فلا يبطل حكم الاصطلاح الأول، وإن تركوا الوزن فيه مع الإمكان فإنه يخرج من أن يكون موزونا، فإنه لو باع قمقمة من حديد أو صفر أو نحاس بقمقمتين من جنسها [بتلك القيمة ولا][4] تباع وزنًا فإنه يجوز يدا بيد؛ لأن الناس تركوا وزنها مع الإمكان، [وترك الوزن في[5] الإمكان][6] فيما يثبت[7] وزنه باصطلاحهما إعراض عن الاصطلاح على الوزن [فينسج الاصطلاح على الوزن][8] والوزن في هذه الأشياء يثبت باصطلاحهما، بخلاف قمقمة من ذهب أو فضة بقمقمتين من ذلك، حيث لا يجوز وإن تعارف الناس بيعها عددًا؛ لأن [صفة][9] الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه[10] فلا يتغير ذلك بالعرف، ولا يخرج من أن يكون موزونا بالعادة،

---

(١) في م: للعباد.
(٢) في أ: يعتبر.
(٣) في م: لتعذر سبب.
(٤) في م: وتلك القمقمة لا.
(٥) في أ: مع.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: ثبت.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في م: عليهما.

إذا ثبت هذا فنقول: الذهب المنسوج وزني بالنص، فنقول: الوزن فيه لا يخرجه[١] من أن يكون مال الربا، فعلى هذا الأصل جنس هذه المسائل.

وفي المنتقى[٢]: أن في اعتبار الذهب في السقف روايتان فلا يعتبر العلم في الثوب وعن أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله -: أنه يعتبر.

وذكر أبو سليمان في كتاب الحج عن محمد - رحمه الله -: لا بأس ببيع قرصة بقرصتين يدا بيد وإن كان بعض ذلك أكثر من بعض؛ لأن ذلك قد خرج من الكيل وليس مما أصله الوزن.

وذكر أبو [يوسف - رحمه الله-][٣]: أن ثمار النخيل كلها جنس واحد [وقال عليه الصلاة والسلام: «التمر بالتمر»[٤] وهذا تمام؛ لأن الأصل متحد والمقصود كذلك وأما بقية الثمار فثمرة كل نوع من الشجر جنس واحد كالعنب كلها جنس واحد][٥] وإن اختلفت ألوانها وأجناسها، وكذلك الكمثرى كلها جنس واحد وإن اختلفت أنواعها.

وكذلك العنب جنس واحد حتى لم يجز بيع نوع من العنب بنوع آخر من العنب متفاضلا وعلى هذا التفاح والكمثرى، ويجوز بيع الكمثرى بالتفاح متفاضلا.

وكذا [بيع][٦] التفاح بالعنب متفاضلا.

واللحوم معتبرة بأصولها، فالبقر والجواميس جنس واحد لا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا، والإبل جنس واحد عرابها، وبخاتها، وكذلك الغنم جنس واحد ضأنها ومعزها.

---

(١) في م: يخرج.
(٢) في م: البقالي.
(٣) زاد في أ: الحسن الكرخي، وفي م: أبو الحسن الكرخي.
(٤) تقدم.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في م.

وزاد في المنتقى: والضأن [جنس واحد][(١)] والمعز جنس واحد من اللحم واللبن.

ولو باع لحم[(٢)] الغنم بلحم البقر متفاضلا يجوز عنده اعتبارا بالأصول، وكذا لو باع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلا يجوز، ويعتبر في اللبن الأصول أيضا كما في اللحم.

[والهروي مع][(٣)] المروي جنسان مختلفان لاختلاف المقصود والصورة، وكذلك الثوب المتخذ من القطن مع الثوب المتخذ من الكتان جنسان، إما لاختلاف الأصل[(٤)]، أو لاختلاف الصفة[(٥)] على وجه أوجب اختلاف الاسم والمقصود، وكذلك الزندنجي[(٦)] مع الوذاري جنسان مختلفان، ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح بيوعه، والمعنى ما ذكرنا.

وفي المنتقى: لا يصلح غزل قطن [لين بعزل قطن][(٧)] خشن إلا مثلا بمثل[(٨)]، وإنما يفرق بينهما النسيج، ولا بأس بغزل قطن بغزل كتان واحد باثنين يدا بيد، والإلية واللحم جنسان يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، وكذلك الإلية وشحم البطن جنسان، وشحم الجنب من جنس اللحم وهو مع الإلية وشحم البطن جنسان، ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساويا؛ لأن القطن ينقص بالغزل[(٩)]، وهو نظير الحنطة بالدقيق.

والخل مع الزبيب جنسان لاختلاف جنسهما[(١٠)]، وإذا كان أصلهما واحدا واختلف المضاف إليه كانا جنسين كالبنفسج مع الخيري، والله أعلم بالصواب.

---

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: في.
(٢) في أ: شحم.
(٣) في م: الهروي و.
(٤) في أ: الأمثل.
(٥) في أ: الصيغه.
(٦) في أ: الزيدسنجي.
(٧) سقط في م.
(٨) زاد في أ، م: القطن.
(٩) في أ: الغزل.
(١٠) في م: أصلهما.

نوع آخر في بيع الجمد:

قال عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ»[(١)] والمراد من الماء المذكور في الحديث: الماء الذي في الآبار والأنهار؛ لأن هذا الماء وجد بإيجاد الله تعالى في مكانه فبقي على الإباحة على أصل الخلقة[(٢)] حتى يوجد الإحراز، وإذا أخذه وجعله في [جرة، أو][(٣)] ما أشبهها من الأوعية، فقد أحرزه فصار أحق به فيجوز بيعه والتصرف فيه كالصيد الذي يأخذه.

وأما بيع ما جمعه الإنسان في حوضه من الماء إذا باعه كذلك في الحوض.

ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - في شرح كتاب الشرب: أن الحوض إذا كان مجصصا[(٤)]، أو كان الحوض من نحاس أو صفر جاز البيع على كل حال، وكأنه - رحمه الله - جعل صاحب الحوض محرزًا الماء بجعله في

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٠٠) كتاب البيوع، باب: في منع الماء، حديث (٣٤٧٧)، وأحمد (٥/ ٣٦٤)، والبيهقي (٦/ ١٥٠) كتاب إحياء الموات، باب: ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة، كلهم من طريق حريز بن عثمان ثنا أبو خداش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار».

وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٦) كتاب الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاثة، حديث (٢٤٧٣) حدثنا محمد بن عبد الله بن يزيد ثنا سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث لا يمنعن: الماء والكلأ والنار»، وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٦٦، ٢٦٧): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات محمد بن عبد الله بن يزيد المقري أبو يحيى المكي وثقه النسائي وابن أبي حاتم ومسلمة الأندلسي والخليل وغيرهم وباقي رجال الإسناد على شرط الشيخين.

وللحديث شاهد أيضًا من حديث ابن عباس: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٦) كتاب الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاثة، حديث (٢٤٧٢) من طريق عبد الله بن خراش بن حوشب الشيباني عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار وثمنه حرام»، قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٦٦): هذا إسناد ضعيف عبد الله بن خراش ضعفه أبو زرعة والبخاري والنسائي وابن حبان وغيرهم.

(٢) في أ: الخلقه.

(٣) في م: حرزه و.

(٤) في أ: مخصصا.

حوضه، ولكن يشترط أن ينقطع الجري حتى لا يختلط المبيع بغير المبيع.

وإن لم يكن الحوض من الصفر أو النحاس ولم يكن مجصصا[١]، فقد اختلف المشايخ فيه على حسب اختلافهم[٢] في بيع الجمد في المجمدة في الصيف على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال محمد - رحمه الله -: والمختار في هذه المسألة [إن سلم][٣] أولا على سوم البيع ثم باع بعد التسليم جاز، وإن باع أولا ثم سلم لا يجوز؛ لأن الحوض ينضب شيئًا من الماء فيهلك بعض المبيع، فإذا كان البيع أولا كان الهلاك قبل القبض فيسقط حصته من الثمن والقدر الهالك مما لا يعرف فيكون [حقه في][٤] الباقي من الثمن [مجهولا، وأنه][٥] يوجب فساد العقد.

ورأيت في موضع آخر: إن كان صاحب الحوض ملأ الحوض من [ساقية نهر][٦] لا يجوز [بيعه][٧]؛ لأنه لم يصر محرزًا له بحوضه فإنما باع ما لم[٨] يملك.

فإن[٩] كان ملأه بالجرة أو بالقربة[١٠] جاز البيع لأنه ملكه بالإحراز [أو بالقربة][١١] فقد باع ما ملكه فجاز.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا هيأ الرجل مصنعه واستقى الماء بالأوعية حتى جمع فيها ماء كثيرًا ثم باعه جاز البيع. ذكر المسألة

---

(١) في أ: مخصصا.
(٢) في أ: اختصاصهم.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: حصة.
(٥) في م: جهولة وإنها.
(٦) في م: ساقيته.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: لا.
(٩) في م: وإن.
(١٠) في م: بالبقرة.
(١١) في م: بالبقرة.

مطلقًا من غير حوض وحوض.

قال: وإذا كان [الماء][(١)] يجتمع من السيول فلا خير فيه.

وأما بيع الجمد في المجمدة: إن[(٢)] كان البيع في الشتاء وكان[(٣)] الجمد بحيث لا يذوب في ذلك الوقت فلا ينقص[(٤)].

وإن كان البيع في الصيف: فقد أنكره بعض مشايخ بلخ [وقالوا: يجوز][(٥)].

وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله -: إن سلم أولا على سوم [الشراء][(٦)] ثم باع بعد التسليم يجوز البيع، وإن باع أولا ثم سلم لا يجوز؛ لأن في زمان الصيف يذوب بعض الجمد فيهلك بعض المبيع، فإذا كان البيع أولا كان الهلاك قبل التسليم ولا يدري القدر الهالك حتى سقط[(٧)] حصته من الثمن فيكون ثمن الباقي مجهولا وأنه[(٨)] يوجب فساد العقد، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا كان التسليم أولًا.

وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: يفتي بالجواز على كل حال لتعامل الناس.

وكان الفقيه أبو نصر محمد بن سلام البلخي يقول: بجواز البيع بعد التسليم وقبل التسليم إذا لم يتخلل بين البيع والتسليم مدة طويلة بأن سلم بعد البيع بيوم أو يومين، أما لو سلم بعد ثلاثة أيام لا يجوز؛ لأن قدر ما يذوب في المدة القصيرة ساقط الاعتبار فيما بين الناس فصار وجوده والعدم بمنزلة، وعلى هذا أكثر مشايخ ما وراء النهر.

ثم إذا جاز البيع يثبت للمشتري خيار الرؤية إذا رآها حين وقع التسليم، وإن رآها

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: وإن.
(٣) في م: أو كان.
(٤) في أ: ينتقص يجوز.
(٥) في م: وقال لا يجوز على كل حال.
(٦) سقط في أ.
(٧) في م: تسقط.
(٨) في م: وأنها.

بعدما وقع التسليم، فإن وقع التسليم بعد تمام ثلاثة أيام لم يكن له خيار الرؤية، وإن وقع التسليم قبل ذلك يبقى له خيار الرؤية إلى تمام ثلاثة أيام من وقت العقد. ذكره[١] الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من بيوع واقعاته.

وفي كتاب الشرب: إذا باع الشرب وحده لا يجوز، وإذا باع الشرب مع الأرض [يجوز][٢].

---

(١) في م: ذكر.

(٢) سقط في أ.

وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى جواز التصرف في الشرب بالبيع، والإجارة، والصلح، وغيرها من أنواع التصرف كالهبة، والصدقة؛ فإن صالح رجلا على موضع قناة في أرضه يجري فيها ماء، وبينا موضعها وعرضها وطولها جاز؛ لأن ذلك بيع موضع من أرضه، ولا حاجة إلى بيان عمقه؛ لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه، وإن صالح على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها، جاز، وهو إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة؛ لأن هذا شأن الإجارة.

أما الشرب بمعنى الماء، فقد جوز المالكية بيعه مطلقا، فله أن يشتري شرب يوم أو يومين بغير أصل الماء.

وقال الشافعية: لا يجوز بيع الماء إن وجب بذله. وإن لم يجب بذله بأن وجد محتاج الشرب ماء آخر فله بيع الماء، مقدرا بكيل أو وزن، ولا يجوز مقدرا بري الماشية والزرع.

وقال الحنابلة: إن اشترى شرب يوم أو يومين من نهر رجل، أو صالح عليه وقدر بشيء يعلم به. قال القاضي: لا يجوز؛ لأن الماء غير مملوك، فلا يجوز بيعه، ولا الصلح عليه؛ لأنه مجهول. وإن صالحه على سهم من العين أو النهر كالربع والثلث جاز، وكان بيعا للقرار، والماء تابع له. قال ذلك القاضي. وقال ابن قدامة: يحتمل أن يجوز الصلح على الشرب من نهره أو قناته، لأن الحاجة تدعو إليه. والماء مما يجوز العوض عنه في الجملة، بدليل ما لو أخذه في إناء أو قربة يجوز بيعه، ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه كالقصاص.

وذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز بيع الشرب منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر؛ لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء، ولو اشترى الشرب بدار وقبضها لزمه رد الدار؛ لأنها مقبوضة بحكم عقد فاسد، فكان واجب الرد كسائر العقود الفاسدة، ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب، وإن باع الشرب مع الأرض جاز تبعا للأرض؛ لجواز كون الشيء تبعا لغيره، وإن لم تجعله التبعية مقصودا بذاته، ولا يجوز جعله أجرة لدار، ولا إجارته منفردا؛ لأن الحقوق لا تحتمل الإجارة كما لا تحتمل البيع. وإن باع الأرض ولم يذكر الشرب لم يدخل في البيع. وإن أجرها ولم يذكر الشرب لم يدخل قياسا، ويدخل استحسانا لوجود الذكر دلالة؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض، ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب فيكون مذكورا بذكر الأرض =

وإذا باع أرضًا مع شرب أرض أخرى، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل.

وحكي عن الفقيه أبي نصر محمد[1] بن سلام: أنه يجوز.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: [وإليه أشار][2] محمد - رحمه الله - في الكتاب.

ولو قال: بعت منك [هذه الأرض بألف درهم وبعت منك][3] شربها، هل يجوز بيع الشرب؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه.

وفي شرب شيخ الإسلام - رحمه الله -: إذا اشترى كذا كذا قربة من [ماء الفرات][4] جاز استحسانا، إذا كانت القربة بعينها لتعامل[5] الناس[6].

قيل: إنما يجوز إذا بين مكان رفع الماء نحو كعسكر اسجار أو أشباه ذلك.

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في رجل اشترى من سقاء كذا كذا قربة بدرهم من ماء دجلة على أن يوفيها [ب][7] منزله كان جائزًا إذا كانت قربة بعينها، وكذلك إذا قال: بعنى كل راويتين من ماء دجلة بدرهم على أن توفيها في منزلي، فروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رضي الله عنهم -: أن هذا البيع فاسد لوجهين:

= دلالة بخلاف البيع؛ لأن البيع تمليك العين، والعين تحتمل الملك بدون المنفعة، ولا تجوز هبة الشرب والتصدق به؛ لأن ذلك كله تمليك، والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك، ولا يجوز الصلح؛ لأن الصلح في معنى البيع، ولا يصلح مهرا، ولا بدل خلع.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٨٩)، المبسوط (١٤/ ١٣٥، ١٣٦)، فتح القدير (٥/ ٢٠٥)، العناية بهامش الفتح (٥/ ٢٠٤).

(١) زاد في أ: بن محمد.
(٢) في م: أشار إلى.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: القراب.
(٥) في م: بتعامل.
(٦) زاد في أ، م.
(٧) في أ: في.

أحدهما: أن الماء ليس عنده.

والثاني: أن القربة[1] وعاء إذا ضاعت لا يعرف ما مقدارها.

وإذا قال لغيره: اسق دوابي كذا [كذا][2] شهرًا بدرهم، لم يجز.

ولو قال: كل شهر كذا قربة، فهو جائز إذا أراه القربة.

ولو قال لغيره: أسقيك ملء قراحك ماء، ففتح له من نهره وسقاه، فلا شيء له.

ولو قال: اسق دوابك من نهري أو من حوضي كذا كذا فذلك جائز. [والله أعلم][3].

* * *

(١) في أ: القربة.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.

نوع آخر في جهالة المبيع أو[١] الثمن:

جهالة المبيع أو الثمن مانعة جواز البيع إذا كان يتعذر معها التسليم، فإن كان لا يتعذر لم يفسد العقد كجهالة كيل الصبرة، فإن باع صبرة معينة ولم يعرف قدر كيلها، وجهالة عدد الثياب المعينة إذا باع أثوابا معينة ولم يعرف عددها.

والإشارة إلى مكان البيع كافية للإعلام، حتى إن من قال لغيره: بعتك جميع ما في هذا البيت، بعتك جميع ما في كفي، يجوز البيع ويصير المبيع معلومًا بالإشارة.

وفي المنتقى: إذا قال لغيره: بعتك كر طعام - وعنده كر طعام - فالبيع على الكر الذي عنده، وكذلك إذا قال: بعت جارية، وعنده جارية، هكذا [ذكر][٢].

وفي فتاوى الفضلي: إذا باع شعيرًا [له - يعني: شعيرًا-][٣] كان في ملكه ولم يضف البيع إليه بالإشارة إليه، يجوز.

وتأويل مسألة الشعير: إذا باع الشعير في ملكه من نوع واحد، أما إذا كان أنواعا مختلفة لا يجوز، كما لو قال: بعتك عبدا لي، وله عبيد.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا باع طعاما والطعام في السواد، قال: إن كان المشتري يعلم مكان[٤] الطعام فلا خيار له، وإن كان لا يعلم فله الخيار، وهذا دليل على جواز البيع.

وفي شرح عتاق الأصل: لو باع عبدا له وله عبد واحد، فقد اختلف المشايخ في جواز هذا البيع، فأشار محمد - رحمه الله - إلى أنه لا يجوز.

فرع على مسألة الشعير، وإن لم يكن في ملكه شعير أصلاً أو كان إلا أنه لم يعرف مقدار المبيع فالبيع باطل في الكل. في فتاوى الفضلي.

---

(١) في م: و.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ، م: مقام.

وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد [-رحمه الله - قال: سألت محمدا][١] - رحمه الله -: عن رجل دنا إلى وقر بطيخ، وقال: بكم عشر بطيخات - بغير عينها-؟، فقال: بكذا، فاشترى، ثم عزل البائع عشر بطيخات فقبلها المشتري ومضى على ذلك القول والبطيخ متفاوت، قال: هو جائز استحسانا، بمنزلة رجل قال للقصاب: بعني من هذا اللحم كذا، فباعه منه وقطع[٢] له منه وأخذه على ذلك فالبيع جائز، وكذا الرمان، وهذا لأن البائع لما عزل كان ذلك بمنزلة ابتداء الإيجاب، وإذا قبل المشتري تم البيع الآن.

قال ثمة: ولو أنه [دنا][٣] إلى مائة شاة وقال [لصاحبها][٤]: بكم عشرة منها؟ قال: بكذا، [فاشترى][٥] فالبيع باطل.

قالوا: وعلى قياس مسألة البطيخ والرمان، يجب أن يقال: إذا عزل البائع عشرة منها [وقبلها المشتري ومضى][٦] على ذلك أنه يجوز، وعلى قياس مسألة الشياه، يجب أن يقال في البطيخ والرمان: إذا لم يعزل البائع أو عزل ولكن لم يقبل المشتري، أنه لا يجوز، فإذن لا فرق بين هذه المسائل.

وفي المنتقى: رجل معه درهم قال لغيره: اشتريت منك هذا الثوب مثلا بهذا، وأشار إلى ما معه من الدراهم فباعه فوجده ستوقا، فالبيع فاسد.

وفي الأصل: إذا قال: أخذت هذا منك بمثل ما [تبيع للناس][٧]، فهو فاسد.

ولو قال: بمثل ما أخذ به فلان من الثمن، فإن علما مقدار ذلك [برقمه][٨] فالبيع

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: فقطع.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: وقبل للمشتري فقضى.
(٧) في أ: يبيع الناس.
(٨) في أ: وقت، وفي م: وقت العقد.

جائز، وإن لم يعلما فالعقد فاسد، وإن علما بعد ذلك، وإن علما وهما في المجلس[١] ينقلب العقد جائزا ويتخير المشتري؛ لأن ما يلزم المشتري من الثمن إنما يظهر للحال، وهذا خيار يكشف الحال.

وإذا اشترى شيئًا برقمه ولم يعلم المشتري رقمه فالعقد فاسد، وإن علم بعد ذلك، إن علم في المجلس جاز العقد.

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يقول: وإن علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزًا، ولكن إن كان البائع دائمًا على ذلك الرضا ورضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداء بالتراضي[٢].

وفي نوادر [ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - بشر عن أبي يوسف][٣]

---

(١) في م: مجلس.

(٢) الرضا: ضد السخط، جاء في المعجم الوجيز: رَضِيَهُ، وبه، وعنه، وعليه، رِضًا، ورِضَاءً، ورِضْوانًا، ومَرْضاةً: اختاره وقبله. ويقال: رضيه له: رآه أهلا له. والجمع رُضاة، فالرضا مصدر محض معناه: طيب النفس وارتياحها، أو الاختيار، وفي ذلك يقول ابن الأثير: «الرضا صفة نفسية قائمة بالقلب»؛ ومن ثم فهو اسم لمطلق الماهية. ويقصد بالرضا عند الفقهاء الاختيار، وعرَّفه الإمام البزدوي من الحنفية بقوله: ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه وتستحسنه.

وعرَّفه بعض العلماء المعاصرين بقوله: ما يتجه إليه الإنسان ويختاره بإرادته الحرَّة. فالرضا: يستعمل في القصد إلى الشيء مع الرغبة في آثاره. وقيل: إيثار الشيء واستحسانه.

وعرفه جمهور الفقهاء بأنه: القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه على أن يأتي به اختيارًا. وبذلك يكون الرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور؛ فبمجرد القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه يسمى بالرضا عند الجمهور، وإن لم يظهر أثر سروره، أو لم يكن قصده متجهًا إلى ما هو أحسن وأفضل، في حين لا يسمى به عند الحنفية إلا بعد أن يظهر أثر سروره على وجهه، أو أن يكون مستحسنا ومفضلا عنده. ومن ثم يتحقق الرضا لدى المشتري إذا رغب في شراء شيء معين عن إرادة واختيار حر، وقصد إلى تملك هذا الشيء، وظهر إيثاره واستحسانه له؛ لكونه يحقق غرضه من الشراء. ويعتبر الرضا الدعامة الكبرى التي يقوم عليها عقد البيع، بل وسائر العقود؛ بحيث يمكن القول: إن الرضا هو أساس التعاقد وأصله.

ينظر: المعجم الوجيز، ص (٢٦٧)، مختار الصحاح ص (٢٤٦)، والتعريفات، للجرجاني ص (٨١)، لسان العرب (٣/ ١٦٦٣)، كشف الأسرار (٤/ ١٥٠٢).

(٣) في م: بشر عن أبي حنيفة.

- رحمه الله -: رجل له على رجل عشرة دراهم، فقال من له العشرة لمن عليه العشرة: بعنى هذا ببعض[١] العشرة و[بعني هذا الآخر بما بقي، فقال: نعم قد بعتك، فهو جائز، وإن قال:][٢] هذا ببعض العشرة، قال: لا يجوز، [وإن قال: بعنى هذا بما بقي يجوز][٣].

والفرق: أنه لما قال: بعني هذا الثوب الآخر بما بقي، فكأنه قال: بعني هذين الثوبين بعشرة فيصير جملة الثمن معلوما، والمبيع معلوما، ولا كذلك ما إذا قال: بعني هذا الثوب الآخر ببعض العشرة.

وقيل: ينبغي ألا يجوز في الوجهين؛ لأن ثمن[٤] كل واحد منهما مجهول وهذه الجالة مفضية إلى المنازعة، فإنه إذا وجد بأحدهما عيبا بعد القبض يرد[٥] المعيب خاصة ويتنازعان[٦] في ثمنه.

وفي المنتقى: إذا باع عدل بز برقمه، ثم باعه البائع من آخر قبل أن يبين الثمن الأول، فبيعه جائز من الثاني، ولو أخبره بالثمن فلم يختر أخذه حتى باعه البائع من غيره لم يجز بيعه الثاني، وأشار إلى الفرق فقال: لأن في الفصل الثاني أوجب البيع الأول وهو فيه بالخيار - يعني الأول - يريد بهذا أن البيع قد صح من الأول. لما أخبر البائع الأول بالرقم إلا أن له خيارًا يكشف الحال، فإذا صح البيع من الأول صار العدل ملكا للأول فالبيع الثاني صادف ملك الأول فلم يصح، وفي الفصل الأول لم يبين الثمن الأول فكان البيع من الأول فاسدًا فيكون للبائع [خيار][٧] نقضه، والبيع الثاني نقض للأول مقتضاه سابقًا عليه فكان البيع الثاني مصادفًا ملك

(١) زاد في أ: هذا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: يمكن.
(٥) في م: فرد.
(٦) في م: ينزعان.
(٧) سقط في م.

البائع فيصح.

ثم قال عقيب هذه المسألة: ألا ترى أن المشتري لو استهلكه بعدما أخبر بالثمن كان عليه الثمن، ولو استهلكه قبل أن يخبر بالثمن فعليه القيمة، ثم قال: كل بيع يكون على المشتري فيه القيمة، فللبائع أن ينقضه وأن يبيعه قبل أن يسلمه، وكل بيع يكون على المشتري فيه الثمن [فيكون له فيه](١) الخيار، فليس للبائع أن ينقضه.

وفي المنتقى: رجل اشترى من آخر مائة جوزة من جوز كثير بثمن معلوم، فلما عدها له البائع قال: لا أرضى، فليس له ذلك.

ولو اشترى من قصاب كذا رطلا من لحم بدرهم فقطع القصاب اللحم ووزنه وهو ساكت، فإن قطعه فوزنه ثم قال: لا أرضى، فله ذلك حتى يقول بعد الوزن: رضيت، قال: ولا يشبه هذا الجوز، وأشار إلى العلة فقال: لأن الجوز شيء واحد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - فيمن قال لغيره: بعتك نصيبي من هذا الطعام، ولم يبين كم هم فالبيع باطل، وإن بينه بعد ذلك، وهو قول زفر - رحمه الله -.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله -: إذا قال الرجل لغيره: بعتك نصيبي من هذه الدار، ولم يبين النصيب، قال: قولي وقول أبي حنيفة أنه فاسد، وقال أبو يوسف - رحمه الله -: هو جائز والمشتري بالخيار إذا علم إن شاء أخذ، وإن شاء لم يأخذ.

قال الحاكم أبو الفضل: قول محمد هاهنا بخلاف ما ذكر في الأصل.

وعن الحسن بن أبي مالك قال: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول عن أبي حنيفة: إذا باع نصيبه من هذه الدار ولم يبين النصيب فالبيع فاسد إلا أن يتصادقا أنهما كانا يعرفان كم هو فيجوز، وقال ابن [أبي](٢) مالك: وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -.

(١) في م: له.
(٢) سقط في م.

قال: وكان أبو حنيفة - رحمه الله - أولًا يقول: بيع نصيبه جائز، لأنه معلوم في نفسه وإن كان مجهولًا عندهما؛ ألا ترى أنه إذا ولاه ما اشترى ولم يخبره، فالبيع جائز، وإن كان مجهولًا عندهما لما كان معلومًا في نفسه، ثم رجع أبو حنيفة - رضي الله عنه - وقال: بيع النصيب فاسد، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -، ثم رجع أبو يوسف عن هذا القول وقال: هو جائز بمنزلة التولية.

وذكر محمد - رحمه الله - في آخر شفعة الأصل: إذا باع الرجل من غيره كل حق له في هذه الدار، أو باع نصيبه من هذه الدار، فإن كان البائع والمشتري يعلمان مقدار نصيب البائع فيجوز، وإن كانا لا يعلمان لا يجوز.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في شرحه: أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - يجوز وإن كانا[(١)] لا يعلمان مقدار نصيب البائع.

وهكذا ذكر شيخ الإسلام في كتاب المضاربة قول أبي يوسف - رحمه الله - في هذه الصورة.

فعلى [ما][(٢)] ذكر من رواية أبي يوسف في مسألة كتاب الشفعة أنه يجوز وإن لم يعلما مقدار نصيبه[(٣)] يحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين مسألة ذكرها في كتاب المضاربة - صورتها: إذا دفع الرجل ألف درهم مضاربة على أن للمضارب مثل ما شرط فلان [في المضاربة، ورب][(٤)] المال مع المضارب لا يعلمان مقدار ما شرط فلان لمضاربه، فإن المضاربة لا تجوز عند الكل.

ووجه الفرق: وهو أن البدل في المعاوضات إنما يصير معلومًا بأحد أسباب

(١) في م: كان.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ، م: نصيبهما.
(٤) في م: لمضاربة ولي.

ثلاثة: إما بالتسمية، [أو بالإشارة إليه][١]، أو بالإشارة إلى الظرف الذي فيه البدل. فإن ذلك يكفي للجواز.

وإن كانا جاهلين بحال البدل، فإنه لو قال: بعت ما في هذا الجراب، أو قال: بعت ما في هذه الدار، ولا يعلمان ما في الدار والجراب جاز البيع؛ لأن الظرف الذي فيه البدل معلوم بالإشارة، وفي البيع إن لم توجد تسمية مقدار النصيب ولا الإشارة إلى النصيب الذي هو معقود عليه وجدت[٢] الإشارة إلى الظرف المعقود عليه، وإن[٣] قال: نصيبي من هذه الدار ونصيبه في هذه الدار لا محالة، والإشارة إلى الظرف المعقود عليه كافية[٤] للجواز، وفي مسألتنا هذه لم توجد تسمية تفيد العلم بمقدار الربح ولا الإشارة إلى الربح [ولأن الربح][٥] معدوم بعد، والإشارة إلى المعدوم لا تتصور، ولا الإشارة إلى ظرف الربح؛ لأن الربح معدوم بعد فلا يتصور مظروفا في شيء حتى يجعل[٦] الإشارة إلى الظرف كالإشارة إلى المظروف، والإعلام إنما يثبت بهذه الأسباب، فإذا لم يوجد واحد منها بقي الربح مجهولا، وصار قياس هذا من البيع أن لو قال: بعتك نصيبي من دار، ولم يقل: هذه الدار، فإنه لا يجوز؛ لأنه لم توجد تسمية مقدار المعقود عليه ولا حدوث الإشارة إليه ولا إلى الظرف الذي فيه المعقود عليه فلم يجز، كذلك هذا.

ثم قال في كتاب الشفعة: إن كان المشتري يعلم مقدار نصيب البائع، والبائع لم يعلم مقدار نصيبه، قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز. وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يجوز، وقول محمد - رحمه الله - مضطرب.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: ومثل.
(٣) في م: فإن.
(٤) في أ، م: كاف.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: تحتمل.

وقال في كتاب المضاربة: إذا دفع الرجل ألف درهم إلى رجل مضاربة وشرط المضارب مثل ما شرط فلان لمضاربه ولم يعلم أحدهما إما رب المال أو المضارب ما شرط فلان لمضاربه، وذكر أنه لا يجوز بلا خلاف، فأبو حنيفة - رحمه الله - لا يحتاج إلى الفرق بين مسألة المضارب[(١)] وبين مسألة الشفعة حين جهل رب المال المشروط لفلان وعلم المضارب؛ لأن رب المال مشتر لعمل المضارب ببعض ما شرط له من الربح، والمضارب بائع عمله من رب المال ببعض الربح، فإذا جهل رب المال وهو بمنزلة المشتري كان بمنزلة ما لو جهل المشتري في مسألة كتاب الشفعة، ولو جهل المشتري في مسألة كتاب الشفعة بمقدار النصيب فسد البيع فكذلك هذا، وإنما يحتاج إلى الفرق إذا علم رب المال وجهل المضارب، فإن ثمة إذا جهل البائع مقدار النصيب وعلم المشتري جاز البيع، وهاهنا المشتري وهو رب المال علم بمقدار نصيبه لما علم شروط فلان إنما جهل البائع وهو المضارب، وقد قال: المضاربة [فاسدة فيحتاج إلى الفرق بين المسألتين في هذا الموضع، وجه الفرق له ظاهر، وهو أن في مسألة الشفعة][(٢)] جهالة البائع بمقدار النصيب إنما لم تمنع جواز البيع؛ لأنه لم يجهل مقصوده من البيع، فإن مقصود البائع من البيع الثمن، ومقصود المشتري المبيع، والبائع يعلم مقصوده من الثمن، والمشتري علم مقصوده من المبيع فجاز البيع، أما هاهنا: المضارب وإن كان بائعًا فقد جهل مقصوده من المضاربة؛ لأن مقصوده من المضاربة الربح، وقد جهل مقصوده من الربح إذا جهل بمشروط فلان فإنه لا يدري مقدار ربحه فأوجب ذلك فساد المضاربة، وصار قياس مسألة المضاربة من البيع: أن لو جهل البائع مقصوده من الثمن، فإن باع نصيبه من الدار بمثل ما باع فلان والمشتري عالم، وهناك البيع يكون فاسدًا وإن كان الجاهل هو البائع؛ لأنه حصل مقصوده بالبيع، فإذن من حيث المعنى

---

(١) في أ: المضاربة.
(٢) سقط في م.

لا فرق بين المسألتين، فإن في المسألتين جميعًا متى جهل البائع مقصوده بالعقد، كان العقد فاسدًا.

ذكر الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله -: إذا قال الرجل لغيره: ابتع [من][(١)] هذا البيض عشرة بكذا، أن القياس فيه: أن البيع فاسد مثل الرمان وأشباهه، ولكن أستحسن تجويزه.

[ولو باعه عبدا فالبيع فاسد][(٢)] إذا كان عنده[(٣)] عبد آخر؛ لأن الجهالة وإن ارتفعت بسبب عبد الغير بإضافة العبد[(٤)] إلى نفسه ما ارتفعت بسبب عبد آخر له إذا كان له عبد آخر، فإن اتفق البائع والمشتري أن [هذا العبد هو المبيع][(٥)] فالبيع جائز.

واختلف المشايخ في معنى قوله: البيع جائز.

منهم من قال: معناه أن البيع الأول يجوز إذا اتفقا أن المراد هذا.

ومنهم من قال: ينعقد بينهما بيع آخر بالتعاطي لا أن ينقلب الأول جائزًا، ويكون معنى قول محمد - رحمه الله -: البيع جائز بالتعاطي.

وجه هذا: أن الفساد تمكن في صلب العقد؛ [لأن الفساد بسبب الجهالة، والجهالة تمكنت في صلب العقد][(٦)] لأنه تمكن في المبيع وأنه في صلب العقد، وكل عقد يمكن الفساد في صلبه لا ينقلب جائزًا بعد ذلك، عرف ذلك في موضعه.

وجه القول الأول: أن[(٧)] الجهالة لا توجب فساد العقد لعينها، بل للإفضاء إلى المنازعة، وهذا القول أشبه وأقرب إلى ظاهر ما ذكر محمد - رحمه الله - في[(٨)]

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: له.
(٤) في م: العقد.
(٥) في م: المبيع هذا العبد.
(٦) سقط في م.
(٧) في أ: لأن.
(٨) في أ: من.

قوله: البيع جائز، وهذا إذا قال: بعتك عبدًا لي، وله عبد آخر.

فأما[١] إذا قال له: بعتك عبدًا لي وليس له إلا عبد واحد، هل يجوز هذا البيع؟ إن[٢] قال: عبدًا لي في مكان كذا، جاز البيع، وإن لم يقل: في مكان كذا، وإنما قال: بعت عبدًا لي، ففيه اختلاف المشايخ.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: عامتهم على أنه لا يجوز البيع، قال - رحمه الله -: وهو الصحيح، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب العتق[٣].

ولو قال: بعتك ذراعًا من هذه الدار، إن عين موضعه بأن قال: من هذا الجانب، إلا أنه لم يميزه بعد، فالعقد ينعقد غير نافذ، حتى لا يجبر البائع على التسليم لأنه باع معلومًا إلا أنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر يلحقه في غير ما يتناوله العقد، وإن لم يعين موضع الذراع، على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز أصلا.

وعلى قولهما: يجوز وتذرع[٤] الدار، فإن كانت عشرة أذرع صار شريكًا بمقدار [عشر الدار][٥] هكذا ذكر شيخ[٦] الإسلام.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: أن على قولهما اختلف المشايخ، والأصح[٧] أنه يجوز.

وإذا قال: بعتك ذراعًا من هذا الثوب، ولم يعين موضعه، أو قال: من هذه الخشبة، ولم يعين موضعه، ذكر بعض مشايخنا: أنه على الخلاف الذي ذكرنا في

---

(١) في م: وأما.
(٢) في أ، م: فإن.
(٣) في م: العتاق.
(٤) في أ: فتعين، وفي م: فتذرع.
(٥) في م: عشرة.
(٦) في أ: شمس.
(٧) في م: والأصل.

[مسألة][(١)] الدار.

وذكر بعض المشايخ: أنه لا يجوز بالإجماع، فعلى قول هذا القائل يحتاج أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إلى الفرق بين [الدار وبين الثوب][(٢)].

وأشار شيخ الإسلام - رحمه الله - إلى الفرق فقال: في مسألة الدار: الذراع أضيف إلى غير محله من حيث العرف والعادة؛ لأن الدار لا تباع ذرعا عرفا وعادة، فلا يمكن العمل بحقيقة اسم الذراع فيجعل كناية عن غيره فجعلناه كناية عن السهم من حيث إن الذراع[(٣)] اسم مقدار كالسهم فصار كما لو باع سهما من هذه الدار.

وأما في مسألة الثوب: الذرع أضيف إلى محله عادة وعرفا؛ لأن الثوب يباع بالذراع عرفا وعادة، فلا يمكن العمل، فأمكن العمل بحقيقة اسم الذراع فلا يجعل كناية عن غيره.

قلنا: والذراع اسم للخشبة حقيقة فلماذا يجعله مجازًا وما يجعله عينا؟ فإذا لم يعين موضعا يبقى المعقود[(٤)] عليه مجهولا على نحو ما قلنا لأبي حنيفة - رحمه الله - فلم يجز.

فقد أشار في هذا الفرق: أن بيع سهم من الدار جائز عندهما، وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: أن فيه اختلاف المشايخ على قولهما، والأصح أنه يجوز.

وفي المنتقى: إذا باع ذراعا من خشبة أو ثوب من جانب معلوم فالبيع فاسد، فإن قطعه وسلمه إلى المشتري لم يكن للمشتري أن يمتنع من قبوله.

وفيه أيضًا: عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن البيع جائز وللمشتري الخيار إذا قطعه البائع فإن شاء أخذه، وإن شاء ترك.

وإذا اشترى من آخر ثوبا على أنه عشرة أذرع بكذا ولم يبين حصة كل ذراع، أو

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: الثوب والدار.
(٣) في م: الذرع.
(٤) في أ: المقصود.

بين ووجده أزيد بأن وجده أحد عشر ذراعًا، أو وجده أنقص بأن وجده تسعة أذرع، فالعقد جائز على كل حال، غير أنه إذا لم يبين حصة كل واحد من الذراعين ووجده زائدًا، سلمت له الزيادة مجانا.

ولو وجده ناقصا، لا يسقط شيء من الثمن، ولكن يتخير المشتري، فإن بين حصة كل ذراع ووجده زائدًا فله الخيار إن شاء أخذه ولزمته حصة الزيادة، وإن شاء نقض العقد، [وإن وجده ناقصا فله الخيار إن شاء أخذه وسقطت عنه حصة ذراع من الثمن، وإن شاء نقض العقد][١]، والجواب في الخشب والأرض[٢] نظير الجواب في الثوب والدار؛ لأنه مذروع كالثوب والدار.

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) في م: والثوب.

ومن هذا الجنس مسائل:

مسألة في الذرعيات، وهي هذه المسألة.

ومسألة في الكيليات والوزنيات: وصورتها: رجل باع من آخر صبرة على أنها خمسون قفيزا مثلا، أو[١] اشترى زيتا على أنه خمسون منًّا فوجده أزيد بأن وجده أحدا[٢] وخمسين أو وجده أنقص [بأن وجده تسعة وأربعين، فالبيع جائز، بين حصة كل قفيز ومن أو لم يبين؛ لأنه متى وجده إحدى وخمسين والداخل تحت العقد خمسون صار مشتريًا قفيزًا من أحد وخمسين قفيزًا، وذلك جائز، سمى لكل قفيز ثمنًا أو لم يسم؛ لأن الحنطة من ذوات الأمثال حتى يضمنها مستهلكة المثل من جنسها، والحادي والخمسون الذي لم يدخل تحت العقد ما لا يتفاوت في نفسها؛ لأن الباقي مجهولًا، ومتى وجده تسعة وأربعين فكذلك البيع جائز، لأنه لو لم يجز إنما لم يجز بجهالة ثمن الباقي، وثمن الباقي معلوم، أما إذا بين لكل قفيز ثمنا فظاهر، وأما إذا لم يبين فلأن القفزان لا تتفاوت في نفسها فيقسم الثمن باعتبار عدد القفزان فيصير الذاهب معلوما بيقين، وإذا صارت حصة الذاهب معلومة كان حصة الباقي معلوما.

ولهذه المسألة تفريعات لم يذكرها محمد - رحمه الله - في الأصل. فمن جملتها: إذا قال لغيره: أبيعك بكذا على أنه أقل من كرّ، فاشتراه على ذلك فوجدها أقل من ذلك كر، فالبيع جائز إلا رواية عن أبي يوسف رواها المعلى؛ لأن البيع معلوم بالإشارة ووجده على الشرط الذي سماه، والثمن معلوم بالتسمية فيجوز، وإن وجده كرا أو أكثر من ذلك فالبيع فاسد؛ لأن المبيع تناول بعض الموجود وهو أقل من الكر كما سمي وذلك مجهول؛ لأنه لا يدري أن المشترى أقل من الكر بقفيزين أو بقفيز وهذه الجهالة تفضي إلى المنازعة.

---

(١) في أ: و.

(٢) في أ: إحدى.

وكذلك إذا قال: على أنها أكثر من كر، فوجدها أكثر من الكر بقليل أو كثير، فالبيع جائز إلا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - رواها المعلى؛ لأنه وجدها على شرطه والبيع تناول جميعها، وإن وجدها أقل من كر أو كرا فالبيع فاسد؛ لأنه لا بد من إسقاط حصة النقصان من الثمن وذلك غير معلوم وبسببه تقع المنازعة.

ولو قال: على أنها كر، فكذلك البيع جائز؛ لأنه يصير كرا من صبرة وذلك جائز ولزم المشتري كرا بجميع الثمن، والزيادة على الكر للبائع؛ لأنها لم تدخل تحت البيع.

ولو قال: على أنها كر أو أكثر، فالبيع جائز وجدها كرا أو أكثر منه أو أقل، غير أنه إن وجدها كرا أو أكثر فذلك سالم للمشتري بجميع الثمن ولا خيار له، وإن وجدها أنقص فالمشتري إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، أو قسم الثمن على الغالب والقائم، وإن شاء ترك.

والوجه في ذلك: أن البائع أدخل كلمة (أو) بين مقدارين فكان المراد أحدهما، فإذا وجد أنقص من كر لم يوجد واحد من المقدارين حتى يتعين مرادًا إلا بدليل من إثبات أحد المقدارين إما الكر أو الأكثر.

فنقول: إثبات الكر أولى من إثبات أكثر من الكر؛ لأن في إثبات الكر تجويز العقد، فإن من اشترى من آخر حنطة على أنها كر فوجدها أقل من كر يجوز، وفي إثبات الأكثر إفساد العقد، فإن من اشترى من آخر حنطة على أنها أكثر من الكر فوجدها أقل من الكر يفسد العقد، والعقد متى احتمل الصحة والفساد يحمل على وجه الصحة، فأثبتنا المقدار الذي فيه تجويز العقد وهو الكر، وصار كأنه اشتراها على أنها كر وجدها أقل، وهناك يقسم الثمن على الغالب والقائم فكذا هنا، هذه الجملة في المأذون الكبير في باب بيع المكيل والموزون، ولم يذكر ما إذا اشترى على أنها كر، وينبغي أن يجوز البيع سواء أخذها أقل من الكر أو أكثر، غير أنه إذا وجدها كرا لزم المشتري ذلك من غير خيار، وإذا وجدها كرا لزم المشتري قدر الكر

من غير خيار ويرد الزيادة، وإذا وجدها أنقص يتخير المشتري إن شاء أخذ الموجود بحصته، وإن شاء ترك.

وعلى قياس هذه المسائل يخرج ما إذا اشترى عينا معينا في كرم معين على أنه كذا منا، فوجده كذلك أو أقل أو أكثر، ومسألة في العدديات المتقاربة.

والجواب فيه كالجواب في المكيل والموزون؛ لأن العدديات المتقاربة ألحقت بالمكيل والموزون في ضمان الاستهلاك حتى ضمن مستهلكا المثل من جنسها.

ومسألة العدديات المتفاوت التي لا يضمن بمستهلكها المثل من جنسها كالأغنام والثياب، وصورتها: اشترى عدلا على أنه خمسون ثوبا، أو اشترى قطيعا من الغنم على أنه خمسين شاة بكذا فوجدها زائدا، بأن وجدها إحدى وخمسين، أو وجدها ناقصًا بأن وجدها تسعة وأربعين، فإن وجدها زائدًا فالبيع فاسد سمى لكل واحد ثمنًا على حدة بأن قال: كل ثوب بكذا، أو لم يسم؛ لأن المبيع مجهول جهالة يوقعها في المنازعة؛ لأن المبيع خمسون ثوبا فما زاد على ذلك يجب رده على البائع، ولا يدري أي ثوب يرد على البائع، وإن كان المردود مجهولًا كان المبيع مجهولًا، وإن وجدها أنقص من ذلك إن لم يسم لكل ثوب ثمنا فالبيع فاسد؛ لأن الثمن مجهول؛ لأن حصة الذاهب مجهولة، وجهالة حصة الذاهب توجب جهالة حصة الباقي؛ وهذا لأنه إذا لم يسم لكل واحد ثمنًا فالثمن ينقسم باعتبار القيمة، ولا يدري قيمة الذاهب بيقين؛ لأنه لا يدري أنه كان جيدًا أو وسطًا أو رديئًا، وكانت حصة الذاهب مجهولة، والتقريب ما ذكرنا.

فأما إذا سمي لكل واحد ثمنًا بأن قال: كل ثوب بعشرة، كان البيع جائزًا في الثياب الموجودة وهي تسعة وأربعون؛ لأن البيع معلوم والثمن كذلك.

أكثر مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب: أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما، أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فالعقد فاسد في الكل؛ لأن العقد فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم، والأصل عند أبي حنيفة - رحمه الله - أن

العقد متى فسد في البعض بمفسد مقارن للعقد يفسد في الباقي. فكان أبو الحسن قاضي الحرمين روى عن أبي حنيفة: العقد فاسد في الكل في هذا الفصل.

وقد ذكر محمد في الجامع مسألة تدل على هذا، وصورتها: رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة فإذا أحدهما هروي والآخر مروي، ذكر أن البيع فاسد في الهروي والمروي جميعا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما: يجوز في الهروي في مسألة الجامع: الصفة لا أصل الثوب، فإذا كان فوات الصفة في أحد البدلين فوجب فساد العقد في الكل على مذهبه، ففوات أحدهما من الأصل لأن يوجب فساد الكل عنده أولى.

وبعض مشايخنا قالوا: لا، بل ما ذكر من الجواب قول الكل. وإليه مال شمس الأئمة السرخسي.

قال شمس الأئمة الحلواني: الصحيح عندي أن على قول أبي حنيفة يفسد العقد في الكل، قال - رحمه الله -: وعلى هذا اشترى حنطة على أنها كر فوجدها تنقص قفيزًا، يفسد العقد في الباقي عند أبي حنيفة وهو الصحيح[1].

قال - رحمه الله -: وعلى هذا إذا اشترى مائة جوزة كل جوزة بفلس فوجد بعض الجوز خاويًا، فإن العقد لا يجوز في الخاوي ويتعدى الفساد إلى الباقي عند أبي حنيفة - رحمه الله - وكذلك إذا اشترى مائة بيضة بدانق فوجد البيض مذرة، فإن العقد فاسد في الذي وجدها مذرة، ويتعدى الفساد إلى الباقي عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

ثم إذا جاز البيع في الثياب الموجودة، ذكر أن المشتري يخير: إن أخذ كل ثوب بما سمي، وإن شاء ترك ذلك؛ لأن الصفقة تفرقت على المشتري قبل التمام، وإنه يوجب الخيار.

وذكر في النوادر: أن من اشترى من آخر ثوبا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ١٢٥).

فوجده عشرة ونصفا بأحد عشر وسلم له نصف ذراع مجانا من غير خيار، فإن وجده تسعة ونصفا يأخذه بتسعة دراهم، وإن شاء ترك.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إن وجده عشرة ونصفا أخذه بأحد عشر وإن شاء رده، وإن وجده تسعة ونصفا أخذه بعشرة دراهم إن شاء، وإن شاء ترك.

قال محمد - رحمه الله -: إن وجده عشرة ونصفا أخذه بعشرة ونصف إن شاء، وإن وجده تسعة ونصفا أخذه بتسعة ونصف. ما قاله محمد - رحمه الله - ظاهر؛ لأن من ضرورة مقابلة كل درهم بكل ذراع مقابلة نصف درهم بنصف ذراع.

أبو يوسف - رحمه الله - يقول: لما صح الشرط صار كل ذراع في حكم المقابلة كثوب واحد بيع على أنه ذراع، فإذا وجده أنقص لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت الخيار، كذا هنا.

وما قاله أبو حنيفة - رحمه الله - أصح؛ لأن الذراع دونه في حكم الصفة على ما مر، وإنما يصير أصلاً بمقابلة الثمن به، والمقابلة مقيدة بذراع فإذا عدم الذراع لم تثبت جهة الأصالة فبقيت لكونها صفة، فصارت زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة الجودة فيسلم له من غير شيء، وصار نقصان نصف ذراع بمنزلة تسعة أذرع جيدة فيتخير.

ومن المتأخرين من قال: ما ذكر من الجواب في الكتاب في فصل الثوب في القميص والسراويل والعمائم والأقبية، أما إذا اشترى كرباسا لا يتفاوت جوانبه على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فإذا هو أحد عشر، لا يسلم له الزيادة؛ لأن هذا الكرباس في معنى الموزون والمكيل، وإن كان متصلا بعضها ببعض - لكن ليس في الفصل ضرر - فيصير بمنزلة أشياء حقيقة، كالموزون لما كان لا يتمكن فيه العيب بتمييز البعض عن البعض اعتبر كل قفيز أصلاً فكذا ههنا، وعلى هذا: إذا باع ذراعا من هذا الكرباس ولم يعين موضعه يجوز، كما في الحنطة إذا باع قفيزًا منها. والله أعلم.

نوع آخر في الأشياء المتصلة بغيرها وفي البيوع التي[١] فيها استثناء:

قال محمد - رحمه الله -: لا يجوز شراء ألبان الغنم في ضروعها كيلا ولا مجازفة بدراهم أو غير ذلك، إن كان مجازفة فلوجهين:

أحدهما: أن فيه غررًا، فإنه لا يدري ما في الضرع أنه لبن أو دم أو ريح.

والثاني: أن البيع يتناول اللبن الموجود حالة العقد لا ما يحدث وأنه يحدث ساعة فساعة، فما يحدث بعد البيع يخلط بالمبيع خلطا لا يمكن تمييزه فيصير قدر المبيع مجهولًا يفضي إلى المنازعة، وإن باعه مكايلة فللمعنى الأول.

وكذلك لا يجوز بيع الولد في البطن؛ لأن فيه غررًا؛ لأنه لا يدري ما في البطن ريح أو ولد، فكذلك لا يدري حي أو ميت.

ولو باع الحنطة في سنبلها جاز، بخلاف الولد في البطن واللبن في الضرع، ولا فرق بينهما من حيث الصورة؛ لأن وجود الحنطة في السنبل ثابت من حيث الظاهر إذا لم يكن الانتفاخ لعلة، وإنما جاء الفرق؛ لأن في الموضعين الموجود وإن كان ثابتا إلا أنه بعد ما ثبت الموجود من حيث الظاهر تمكن في الولد واللبن غرر آخر، وهو الغرر في كونه مالًا فإنه لا يدري أن الذي في البطن حرام ميت، ولا يدري أن في الضرع لبنا أو دما، وفي السنبل متى يثبت الموجود من حيث الظاهر لا يتمكن الغرر في كونه مالًا، أو غير مال؛ لأن الحنطة على صفة ما كانت كان مالًا هذا إذا باع حنطة في سنبلها، أما إذا باع حنطة مكايلة وله حنطة في سنبلها جاز البيع أيضًا؛ لأن الحنطة موجودة في ملكه، ولو اشترى من تلك الحنطة قبل الكدس لا يجوز، وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم لأن فيه غررًا؛ لأنه يحدث ساعة فساعة وما يحدث ملك البائع فيختلط المبيع بغير المبيع على وجه يتعذر[٢] التمييز، ولا يدري فيما دخل تحت العقد فيصير المعقود عليه مجهولًا.

---

(١) في م: الذي.

(٢) في أ: يعتبر.

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر من الجواب قول محمد بناء على قول أبي يوسف: ينبغي أنه يجوز البيع، على قياس مسألة ذكرها في كتاب الصلح وصورتها: إذا ادعى الرجل في يدي رجل فصالحه من في يده الأغنام على صوف على ظهرها جاز الصلح عند أبي يوسف خلافًا لمحمد.

ومنهم من قال: ما ذكر من الجواب في البيع قول الكل وسيأتي بعد هذا عن أبي يوسف ما يدل على صحة هذا القول، وهذا القائل يحتاج إلى الفرق لأبي يوسف - رحمه الله - بين مسألة البيع وبين مسألة الصلح.

والفرق: أن جواز الصلح في تلك[(١)] المسألة استيفاء بعض الحق وترك البعض وأمكن تجويزه بهذا الطريق؛ لأن الصلح يجوز بدون الحق، وإنما يتحقق التجوز بدون الحق، وإنما التجوز بدون الحق باستيفاء البعض وترك البعض، فأما البيع فيملك مبتدءًا، والصوف على ظهر الغنم لا يقبل التمليك ابتداءً، وقد ذكرنا قبل هذا: أن بيع شاة على ظهرها صوف منفصل بطريق الاعتبار جائز بلا خلاف، وبدون الاعتبار على الخلاف عند بعض المشايخ.

وأما قوائم الخلاف سعف النخل اختلف المشايخ فيه، منهم من لم يجوز بيعه، ومنهم من جوز بيعه.

وذكر أبو الحسن الكرخي في كتابه جوازه.

وروى الحسن بن زياد عن أصحابنا جوازه.

ومن لم يجوزه من المشايخ اختلفوا فيما بينهم في العلة، بعضهم قالوا: لأنه يزيد ساعة فساعة وتخليط المبيع بغير المبيع على وجه يتعذر تمييزه فكان نظير بيع الصوف على ظهر الغنم.

قالوا: لأن موضع القطع مجهول.

ومن جوز بيعه من المشايخ يجيب عن الأول، يقول: بأن القوائم تزيد من

---

(١) زاد في م: مسألة.

الإعلاء؛ ألا ترى إذا جعلنا على موضع القطع علامة فإذا مضى زمان العلامة لا تعلو بل تبقى في موضعها فتكون الزيادة حاصلة من ملك المشتري، بخلاف الصوف ينمو من أسفله؛ ألا ترى أنك خضبت أسفله ومضى زمان فالخضاب يعلو، فالزيادة إنما حدثت من ملك البائع فيكون للبائع، وقد اختلط بالمبيع ولا يدري قدره فيصير قدر المبيع مجهولًا.

ونجيب عن الثاني ونقول: إن كان موضع القطع مجهولًا فهذه جهالة لا توقعها في المنازعة، وإذا باع الصوف على ظهر الشاة، ثم إن البائع جزجز الأصواف وأجاز المشتري، أخذها بالبيع.

وروى بشر عن أبي يوسف: أنه ليس له ذلك إلا أن يستقيل البيع عن تراض منهما.

وروى هشام في هذه المسألة عن محمد بعبارة أخرى فقال: إن بيعه البائع ودفعه إلى المشتري لم يجز، ولا يجوز اللؤلؤة في الصدف.

وروى عن أبي يوسف: أنه يجوز؛ لأن الصدف لا ينتفع به إلا بالسوق فأمكن تسليم المعقود عليه من غير ضرر.

وجه ظاهر الرواية: أنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بالسوق، والسوق شيء زائد لم يوجبه العقد.

وإذا باع حب قطن في قطن بعينه، أو باع نوى تمر في تمر بعينه لا يجوز.

وأشار أبو يوسف إلى الفرق بين هذا وبين ما إذا باع الحنطة في سنبله، فقال: لأن الغالب في السنبل الحنطة؛ ألا ترى أنك تقول: هذه حنطة وهي في سنبلها، ولا تقول: هذا حب وهو في القطن، وإنما تقول: هذا قطن وكذلك في التمر.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله -: إذا باع البزر الذي في البطيخ ممن يريد البذر ورضي صاحب البطيخ أن يقطع له البطيخ فالبيع باطل، وكذلك إذا باع حل السمسم - أي: دهنه - وزيت الزيتون لا يجوز؛ فإن سلم البائع ذلك لا يجوز،

هكذا ذكر القدوري في شرحه فقال: يشبه هذا الجذع في السقف، يريد به أن من باع الجذع في السقف لا يجوز، ولو نزعه البائع وسلمه إلى المشتري جاز البيع.

والفرق: أن في الجذع عين مال في نفسه، وإنما يثبت لاتصال بينه وبين غيره تعارض إلا أنه عد عاجزا عن التسليم حكما لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد وفيه ضرر، فإذا قلع والتزم الضرر زال[١] المانع.

فأما حل السمسم وزيت الزيتون فهو معدوم فلا يكون محلا للبيع، وبزر البطيخ والنوى في التمر وإن كان موجودًا إلا أنه متصل به اتصال خلقة فكان بائعًا له فكان التسليم هناك بيعا أصليا إلا أنه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد.

وفي نوادر ابن سماعة قال: سألت محمدًا عمن باع فصا في خاتم أو جذعًا في سقف وذلك لا ينزع إلا بضرر أيملكه المشتري أم هو موقوف لا يملكه المشتري؟ قال: هو موقوف لا يملكه المشتري ما دام للبائع فيه خيار إن شاء سلم وإن شاء لم يسلم، أشار إلى ما قبل القلع، فإذا صار بحال لا يقدر البائع فيه على الامتناع من دفعه ملكه المشتري، فإن لم يخاصم المشتري في ذلك حتى باع البائع الخاتم بأسره أو باع البيت بأسره من إنسان آخر ودفعه إليه قال محمد - رحمه الله -: بيع البائع ثانيًا ينقض بيعه أولًا. قلت: أرأيت إن باعني رجل فصا في خاتم، أو مسمارًا في باب، أو جذعًا في سقف، ثم دفع إلى المشتري الخاتم بأسره أو دفع الباب أو البيت بأسره فهلك في يده. قال محمد - رحمه الله -: القياس ألا يكون قابضًا حتى يدفعه إليه مقصودًا لا مخلصًا.

وذكر في المنتقى أصلاً من جنس هذه المسائل فقال: كل شيء أجبر البائع على دفعه إلى المشتري فدفعه إليه فضاع فلا ضمان عليه، وإذا كان الفص ينزع من غير ضرر يجبر على دفعه إليه، فإذا دفعه إليه مع الحلقة ثم ضاع من يده فقد لزمه البيع

(١) في م: زوال.

وعليه ثمنه ولا ضمان عليه في الحلقة، وكذلك في أجناسه.

قلت لمحمد - رحمه الله -: أرأيت إن اغتصبت جذعا فسقفت به بيتا أو اغتصبت أجرا فبنيت به دارًا، أو اغتصبت مسمارًا فجعلته في باب، ثم إني بعت البيت والباب والدار يجوز البيع في ذلك؟ وإذا علم المشتري بذلك أيكون له الخيار في رد الدار والبيت والباب؟ قال: البيع جائز ليس للمشتري فيه خيار؛ لأن المغصوب منه لا يقدر على أخذ ذلك.

روى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - في رجل نظر إلى ألف مَنٍّ قطن فقال: قد اشتريت من طبخ هذا القطن مائة مَنٍّ، قال: هذا فاسد.

قال هشام: قلت لمحمد: لو كان لرجل شاة مذبوحة فاشترى رجل كروشها أو سلوخها، فهو جائز والسلخ وإخراجه على البائع وللمشتري الخيار إذا رآه، فلو كانت بطيخة مكسورة كانت بمنزلة الشاة المذبوحة يجوز بيع بزرها.

اشترى لؤلؤة في بطن دجاجة حية مع اللؤلؤة في بطنها وقد كان لها حين ابتلعتها، فالشراء فاسد، ولو كانت ميتة فهو جائز، ولو اشترى كرش شاة مذبوحة غير مسلوخة جاز، وإخراجه على البائع والمشتري بالخيار إذا رآه، وكذلك إذا اشترى جلد شاة مذبوحة قبل السلخ جاز ولا يكون للمشتري الخيار؛ لأن الجلد مرئي، ولو باع الجلد والكرش قبل الذبح لا يجوز، فإن ذبح بعد ذلك ونزع الجلد والكرش وسلم لا ينقلب العقد جائزًا.

وفي الأصل: وإذا اشترى من آخر كذا منًّا من صبرة لا يعرف قدره بأن قال: اشتريت منك من هذه الصبرة بهذا الزنبيل ولا يعرف كم يسع في الزنبيل، أو قال: بوزن هذا الحجر، جاز يدا بيد، شرط في الأصل أن يكون يدا بيد.

وفي القدوري لم يشترط ذلك، وجعل الجواب المشهور من الرواية.

وفي المنتقى: رجل اشترى من آخر طعامًا على أن يكيله زنبيل أو إناء يشبه الزنبيل ليس بمكيال فقال: اشتريت مثل هذا من هذه الصبرة بكذا، أن ذلك لا يجوز عند

أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله-؛ لأن هذا الإناء لا يعرف ملؤه كما يعرف المكيال، وليس هذا بمكايلة ولا مجازفة، معناه: ليس هذا بيع مكايلة ولا بيع مجازفة.

قال ثمة: وكذلك إذا اشترى شيئا يوزن واشترط وزن صخرة أو حجر لا يعرف وزنه فهو مثل هذا الإناء.

ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: إذا كان الإناء لا يتسع إذا حشي فيه الشيء الذي يكال به أنه يجوز.

وروى إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: إذا اشترى ملء هذا الجراب بدرهم لم يجز؛ لأن الجراب مما يتسع ويضيق وكذا الزنبيل، قال: إلا أن يكون الزنبيل المعين يابسا لا يتسع فيجوز البيع به.

وقيل: ما ذكر في الأصل وفي القدوري محمول على ما إذا كان الإناء من خزف أو من حديد أو خشب أو ما أشبه ذلك، ومما يحتمل الزيادة والنقصان كالزنبيل والجواليق والغرارة لا يجوز البيع منه.

❊ ❊ ❊

نوع آخر في البيع يقع في المشترك:

إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يجوز وينصرف في تسمية النصف إلى نصيبه خاصة، ولو أقر بنصف عبد مشترك بينه وبين غيره لغيره ينصرف الإقرار إلى النصفين جميعًا، وإذا كانت الحنطة أو ما أشبهها من المكيلات أو الموزونات مشتركا بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من شريكه أو من أجنبي، فإن كانت الشركة بسبب الخلط بين المالين باختيارهما أو بغير اختيارهما يجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه ولا يجوز من الأجنبي إلا بإذن شريكه، فإن كانت الشركة بسبب الميراث أو الشراء أو الهبة أو الاستيلاء يجوز بيع أحدهما نصيبه من الشريك أو من الآخر بغير إذن الشريك ولا يملك التصرف في نصيب الشريك إلا بإذن الشريك.

في شركة شيخ الإسلام: الشجرة إذا كانت مشتركة بين رجلين باع أحدهما نصيبه من الأجنبي لا يجوز، ولو كانت بين ثلاثة باع أحدهم نصيبه من أحد صاحبيه لا يجوز، ولو باع منهما يجوز، هكذا ذكر في الفتاوى الصغرى.

وإذا كانت الدار بين اثنين باع أحدهما نصيبه من بيت معين، ذكر في قسمة شرح الطحاوي: أن الإقرار يبطل البيع.

وفي شرح الزندويستي في إقرار الأصل: دار بين رجلين باع أحدهما بيتا معلوما جاز في نصفه عند أبي يوسف - رحمه الله -.

❋ ❋ ❋

نوع آخر في البيع على شيئين:

أحدهما: لا يجوز البيع فيما إذا جمع بين عبدين في البيع ثم ظهر أن أحدهما حر، فإن لم يبين كل واحد منهما من الثمن فالعقد فاسد في الكل بالإجماع، وإن بين حصة كل واحد منهما من الثمن، وكذلك الجواب عند أبي حنيفة يفسد، وعندهما يجوز العقد في القن.

وكذلك لو اشترى دنين من خل ثم ظهر أن أحدهما خمر، إن لم يبين حصة كل دن من الثمن فالعقد فاسد في الكل، وإن بين فكذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - يفسد العقد في الخل.

وكذلك إذا اشترى مسلوخين ثم ظهر أن إحدى المسلوخين ميتة، فهو على التفصيل والخلاف الذي ذكرنا.

فوجه قولهما: أن الفساد موجب المفسد فيقدر بقدر المفسد، وأكد ذلك بمسائل منها: إذا باع عبد غيره بألف درهم ولم يجز ذلك الغير البيع في عبده، فإن العقد يجوز في عبد البائع؛ لأن سبب الفساد وجد في البعض وهو الاستحقاق، وإذا باع عبدين وأحدهما مدبر أو مكاتب أو أم ولد وسمي لكل واحد ثمنا فالبيع جائز في القن.

وإذا اشترى جرابًا هراويًا على أن ما فيه خمسين ثوبا كل ثوب بعشرة فوجده تسعة وأربعين.

وإذا اشترى عبدين وقبض أحدهما ولم يقبض الآخر باعهما جميعًا بألف على أن كل واحد منهما بخمسمائة، جاز البيع فيما قبض، ولم يجز فيما لم يقبض.

وكذلك إذا اشترى عبدا بألف درهم وقبض العبد ولم ينقد الثمن حتى باعه مع عبد آخر له من البائع بألف درهم كل واحد منهما بخمسمائة فإنه يجوز البيع في عبده ولا يجوز في العبد الذي اشتراه؛ لأن سبب الفساد وهو بيع ما اشترى بأقل مما اشترى قبل نقد الثمن وجد في البعض، ولا يلزم على ما قلنا ما إذا لم يبين حصة كل

واحد من العبدين حتى ظهر أن أحدهما حر، فإن العقد يفسد في الكل؛ لأن سبب الفساد هناك وجد في جميع العقد في حصة الحر والقن جميعًا، أما في حصة الحر فظاهر، وأما في حصة القن لجهالة الحصة ابتداء؛ لأن الحر مع بدله غير داخل تحت العقد أصلاً بدليل أنه لو قبض الحر لا يملكه ولا بدل له، وإنما دخل في العقد القن مع بدله لا غير فيصير مشتريا القن بما لحصته من الألف ابتداء لو قسم الألف عليه وعلى الحر، وجهالة الحصة ابتداء يوجب فساد العقد؛ ألا ترى أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بما يخصه من الألف لو قسم الألف عليه وعلى هذا الحر، فإن البيع لا يجوز، وإنما لا يجوز لما قلنا، فإذا بين حصة كل واحد منهما فسبب الفساد وجد في حق الحر لا غير؛ لأن سبب الفساد في حق القن حالة الإجمال جهالة حصته من الثمن، والجهالة ترفع عند بيان حصة كل واحد منهما.

ولا يلزم بيع الدراهم بالدرهمين؛ لأن هناك سبب الفساد في حق الكل؛ لأن الدرهم الواحد قوبل بالدرهمين فيجب قسمتها على الدرهمين فإذا قسمناه على الدرهمين يتمكن الربا في الدرهمين جميعا؛ لأنه يصير كل واحد منهما بنصف درهم.

ولا يلزم إذا اشترى عبدا بألف درهم ورطل من خمر، فإنه يفسد العقد في جميع العبد في حصة الألف والخمر جميعًا؛ لأن سبب الفساد هناك وجد في جميع العبد، أما في حصة الخمر فظاهر، وأما في حصة الألف؛ لأن ما يخص الألف من العبد مجهولة جهالة مقارنة من وجه إن كانت طارئة من وجه؛ لأن الخمر لا يدخل تحت العقد حتى لا يملك بدله بالقبض فباعتبار البدل تكون الجهالة طارئة وباعتبار العين تكون الجهالة مقارنة، والمقارنة توجب الفساد، والطارئة لا توجب الجواز احتياطا فقد وجد سبب الفساد في جميع العبد.

ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أن سبب الفساد في هذه المسائل في جميع العقد، أما في حصة الحر فظاهر، وأما في حصة القن فهو اشتراط الربا.

بيانه: أن بدل الحر صار مشروطًا في حصة القن من حيث المعنى لأن الصفقة واحدة، والصفقة الواحدة إذا أضيفت إلى شيئين موجودين فقبول العقد في كل واحد منهما يصير شرطا لصحة القبول في الآخر، حتى لو قبل المشتري العقد في أحدهما لا يجوز، وإذا صار قبول العقد في الحر شرطا لقبول العقد في القن من حيث المعنى صار بدله مشروطا في صحة القن معنى وبدل الحر ربا؛ لأنه مال متقوم شرط في العقد من غير عوض أصلاً؛ لأن الحر لا يصلح عوضا عن المال فبقي بدله بغير عوض أصلاً فيكون ربا، وقد صار مشروطًا في حصة القن متقابل بالقن فيصير ربا، كما لو قال: بعتك هذا العبد بخمسمائة على ألا يسلم في خمسمائة أخرى بغير شيء.

وأما إذا باع عبده وعبد غيره.

قلنا: هناك لم يوجد سبب الفساد في حصة عبده وهو اشتراط الربا؛ لأن قبول المستحق مع بدله وإن صار شرطا في عبده إلا أن بدله في نفسه ليس بربا؛ لأنه مقابل بما يصلح عوضا وهو المستحق، والربا عبارة عن مال ملك بالبيع بغير عوض أصلاً، والعوض لا يصلح عوضا عنه بوجه ما قال.

فإن قيل: إن لم يوجد سبب الفساد في حصة عبده من هذا الوجه وجد من وجه آخر وهو جهالة الحصة.

قلنا: ليس كذلك؛ لأن المستحق مع بدله دخل تحت العقد فكان البدل في الابتداء جميع المسمى وهو ألف درهم وإنه معلوم، وإنما يصير بالحصة بعد ذلك إذا لم يجزه المستحق فتكون جهالة طارئة من وجه، فإذا جمع بين عبدين وأحدهما مكاتب أو مدبر أو أم ولد.

قلنا: هناك لم يتمكن سبب الفساد في حصة الفساد وهو اشتراط الربا؛ لأن هؤلاء دخول في العقد مع القن لقيام المالية فيهم وبدلهم ملك بمقابلة ما يصلح عوضا عنه وإنه مقابل فلا يكون ربا لمال فلا يكون ربًا، بخلاف بدل الحر على ما مر.

وأما مسألة الجراب فقد ذكر قبل هذا عن أبي حنيفة: أن العقد فاسد في الثياب الموجودة عند أبي حنيفة على رواية قاضي الحرمين واختيار شمس الأئمة الحلواني واستشهد بالجامع، ومن قال من المشايخ على قول أبي حنيفة: يجوز البيع في الثياب الموجودة يفرق لأبي حنيفة - رحمه الله - بين مسألة الجامع وبين مسألة الجراب.

ووجه الفرق: أن الإضافة إلى الثوبين في مسألة الجامع قد صحت لوجود المضاف إليه من حيث الحقيقة وصار قبول العقد في المروي شرطًا لقبول العقد في الهروي أيضًا وبدل ربا لأنه بدل معلوم وأنه أشار وسمي والمشار إليه من خلاف جنس المسمى فيكون العبرة للمسمى معدوم وبدل المعلوم بالبدل الحر.

وأما في مسألة الجراب: فالإضافة إلى الثوب الخمسين لم تصح أصلاً لأنه لا بد لصحة الإضافة من مضاف إليه موجود فإذا كان معدومًا لا تصح الإضافة أصلاً ولم يصر قبول العقد في المعدوم شرطا لقبول العقد في الموجود ولم يصر بدل المعلوم الذي هو ربا مشروطًا في الوجود فخلا حصة الموجود عن شرط الربا.

وإذا باع عبدين أحدهما مقبوض والآخر غير مقبوض، ففي حق المقبوض لم يوجد اشتراط الربا؛ لأن بدل غير المقبوض من المبيع لا يكون ربا؛ لأن الربا عبارة عن فضل مال ملك بالبيع لا يقابله عوض وقد قابله عوض.

وأما مسألة شراء ما باع بأقل مما باع، قلنا: هناك لم يوجد سبب الفساد في العبد الذي لم يشتر وهو اشتراط الربا لما ذكرنا أن الربا فضل مال خال عن العوض ولم يوجد هذا فيما اشترى.

وذكر أبو الحسن الكرخي عن أبي يوسف فيمن باع جارية في عنقها طوق فضة بألف درهم نساءً: أن البيع باطل في الجميع. في قول أبي يوسف الأخير، وجعل أبو الحسن رجوع أبي يوسف في هذه المسألة رجوعا في جميع ما هو من هذا الجنس من المسائل.

وإذا اشترى ضيعة وفيها قطعة من الوقف، كان الشيخ الإمام الأجل شمس الإسلام الحلواني يقول: البيع فاسد في الوقف والملك كما لو جمع بين حر وعبد.

وكان القاضي ركن الإسلام أبو الحسن علي السغدي يقول: البيع جائز في الملك كما لو جمع بين عبد ومدبر، ثم رجع شمس الإسلام إلى قول ركن الإسلام.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا باع كرما فيه مسجد قديم وقد أطلق العقد هل يفسد البيع في الكرم؟

ينظر: إن كان المسجد عامرًا يفسد؛ لأن المسجد إذا كان عامرًا لا يدخل تحت البيع بالإجماع وكان الفساد قويًا، فينظر في حق الباقي، كما لو جمع بين حر وعبد، وإن كان المسجد خرابًا لا يفسد العقد في الباقي؛ لأن دخول المسجد تحت البيع في هذه الصورة خلاف ظاهر، فعند بعض العلماء: المسجد إذا خرب واستغنى أهله عنه يعود إلى ملك الثاني إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا، فلم يكن الفساد قويا فصار كما لو باع عبدا ومدبرا، والذي ذكرنا في الوقف فكذلك في المقبرة.

وفي الجامع الصغير قال أبو حفص: سمعت محمدا قال فيمن باع قرية عظيمة بما فيها وفيها مساجد ومقابر: إن البيع فاسد لأنه لما قال: «بما فيها» فقد أدخل المساجد والمقابر في البيع فيفسد البيع.

وفي المنتقى: لو شرط في بيع الدار فناءها، عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعند محمد: لا يفسد. قال: وليس هذا على تملك الفناء وقد علم الناس أنه لا يباع فناء الدار، فعلى هذا ينبغي ألا يفسد عند محمد في المقبرة والمسجد.

وإذا كانت الأرض مشتركة باع أحدهما جميع الأرض من صاحبه، كان الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني يقول بفساد البيع، وكذلك كان يقول فيما إذا صالح المدعي عن دعواه على دار مشتركة وكان يشير إلى المعنى وأن ملك المشتري ليس بمحل للبائع في حق المشتري وكان بمنزلة ما لو جمع بين حر وعبد ولكن فيه نظر؛ لأن نصيب المشتري محل للبيع في الجملة فيكون بمنزلة ما لو جمع بين عبد

ومدبر، والدليل عليه: أن رب المال إذا اشترى من المضارب شيئًا من مال المضاربة بعدما ظهر الربح يجوز وإن كان بعض المشترى ملك المشتري، وإذا كان الفساد بسبب الافتراق لا لمعنى في نفس العقد وأنه يبطل بقدرة خاصة وذلك أن يسلم عشرة دراهم في شيء، وخمسة دين عليه، وخمسة نقد بخمسمائة نقد، وخمسمائة له على فلان، أو بخمسمائة إلى العطاء، فسد البيع في الكل، ذكره القدوري في شرحه.

وإذا اشترى من آخر محدودًا بعشرة دراهم وألف من بالحنطة وبين أوصافها إلا أنه لم يبين مكان الإيفاء للحنطة حتى فسد العقد على قول أبي حنيفة - رحمه الله - في حصة الحنطة هل يتعدى الفساد إلى الباقي؟ على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: ينبغي ألا يتعدى الفساد، وفي حصة الحنطة بسبب ترك مكان الإيفاء مختلف فيه، فإن مذهب أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: أن بيان مكان الإيفاء ليس بشرط، وفساد بعض الصفقة إذا كان بسبب هو مختلف فيه لا يتعدى الفساد إلى الباقي عند أبي حنيفة، وإنما يتعدى الفساد إلى الباقي عنده إذا كان الفساد بسبب مجمع عليه.

في بيوع الجامع وفي المنتقى: رجل اشترى دارًا أو طريقًا من طرق المسلمين بحدود معلومة - يعني جمع بين الدار وبين طرق المسلمين في البيع - فاستحق الطريق بعدما قبضها المشتري، فإن شاء المشتري رد الدار، وإن شاء أمسكها بحصتها إذا كان الطريق مختلطًا بالدار، أو كان مميزًا لزمته الدار بحصتها ولم يكن له الخيار، وإذا كان الطريق ليس بمحدود ولا يعرف فيفسد البيع، ولو كان الطريق مسجدا أو كان مسجدا خاصا يجمع فيه فالقول مثل الطريق المعلوم، وإن كان مسجد جماعة فسد البيع كله، هكذا ذكر في النسخ.

وفي بعضها: وإن كان مسجدًا جامعًا فسد البيع كله؛ لأن بيع المسجد الجامع لا يجوز ولا يحل، وكذلك إذا كان مهدومًا أو أرضًا ساحة لا بناء فيها بعد أن الأصل مسجد جامع.

نوع آخر في البيوع الفاسدة والباطلة:

فمن جملة الصورة الفاسدة: أن يبيع بخمر أو خنزير، ومن جملة ذلك: بيع الدين من غير من عليه الدين، ومن جملة ذلك: صفقتان في صفقة نحو أن يقول: بعتك هذا على أن تبيعني هذا، ومن جملة ذلك: بيعان في بيع نحو أن يقول: بعتك بقفيزي حنطة أو بقفيزي شعير، ومن جملة ذلك: شرطان في بيع نحو أن يقول: أعطني الثمن حالا بكذا، وإن كان مؤجلا فبكذا، ومن جملة ذلك: إذا باع وسكت عن الثمن؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال فيصير البدل مذكورًا بذكر البيع، ولكن بجعل المذكور هو القيمة؛ لأن الأصل في الأشياء هو القيمة وإنما عدل عنها عند وجود التسمية وصحتها، ولم توجد التسمية، وإذا صارت القيمة مذكورة صار كأنه قال: بعت بالقيمة بيع فاسد، وأما إذا باع على ألا ثمن له ففيه روايتان:

في رواية: لا ينعقد أصلاً، بخلاف ما إذا سكت عن ذكر الثمن؛ لأنه إذا سكت عن ذكر الثمن أمكن أن يجعل بيعا بذكر العوض؛ إذ لا قوام للدلالة عند وجود الصريح بخلافها.

وفي رواية قال: ينعقد؛ لأن النفي منه لم يصح لأنه نفى حكم العقد فصار وجود هذا النفي والعدم بمنزلة فكأنه سكت عن ذكر الثمن.

ولو باع بالميتة أو الدم أو الذبيح، فالبيع باطل.

وروي عن محمد: إذا قال: أبيعك بما ترعى إبلي في أرضك أو بما تشرب من ماء بئرك أنه بيع منعقد؛ لأنه يسمي شيئًا متقومًا وأنه لو قطع الحشيش، أو استلقا الماء في إناء وباعه يجوز فيكون المسمى مالا قلنا بالانعقاد، ولكونه مجهولًا قلنا بالفساد بخلاف الفصل الأول؛ لأن المسمى هناك ليس بمال أصلاً.

وكذلك لو باع عبدا بجارية من جواري المشتري ولم يبينهما، فهو بيع منعقد.

ولو قال: أبيعك بالكعبة، فهو بيع باطل؛ لأن المسمى ليس بمال.

وإذا باع شيئًا بمكاتب أو مدبر أو أم ولد، فهو بيع منعقد؛ لأن المالية ثابتة في هذه

المال، وإنما حرم بيعها لحق محترم لا لانعدام المالية، وأنه لا يمنع انعقاد البيع لوصف الفساد.

وإذا اشترى بميتة أو دم لا يملكه المشتري بلا خلاف بين المشايخ وروايته في السير الكبير والمأذون.

ثم اختلف المشايخ فيما بينهم أن المشتري بالميتة والدم هل يكون مضمونا على المشتري؟ أم يكون أمانة؟

قال بعضهم: هو مضمون. وإليه أشار محمد - رحمه الله - في بعض مسائل المأذون، وهو اختيار شمس الأئمة - رحمه الله -.

وقال بعضهم: أمانة.

ورأيت في الباب التاسع والعشرين بعد المائة من السير الكبير: أنه مضمون.

وبعضهم قالوا: عند أبي حنيفة - رحمه الله -: أمانة، وعندهما: مضمون. بناء على مسألة الجامع الصغير.

وذكر الإمام أحمد الطواويسي في شرحه: إذا اشترى بميتة أو دم وقبض، روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه لا يكون مضمونًا.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: أنه يكون مضمونًا.

ورأيته في السير الكبير. والمذكور في السير: إذا باع بالميتة أو الدم، فجاء مستحق وادعى المبيع على المشتري فلا خصومة بينهما؛ لأن المشتري خصما له لأنه ملكه.

وفي كتاب المأذون أيضًا: أن المشتري بالميتة لا يصير مملوكًا للمشتري، والمذكور ثمة: أن العبد المأذون إذا بيع بالميتة وقبضه المشتري فهو على إذنه؛ لأنه لم يزل على ملك البائع، ولو بيع بالخمر والخنزير فقيل: فهو على إذنه؛ لأنه لم يزل عن ملكه؛ لأن البيع الفاسد لا يزيل المبيع عن ملك البائع قبل القبض وبعد القبض فيصير محجورًا؛ لأنه زال عن ملك البائع إذا شرط الوفاء في العقد، فالبيع فاسد

بالاتفاق، فإن تواضعا قبل البيع ثم تبايعا خاليا عن الشرط، ففي قول أبي حنيفة - رحمه الله -: البيع جائز إلا أن يتصادقا أنهما على تلك المواضعة، وقالا: البيع فاسد إلا إذا تصادقا أيهما أعرض عن تلك المواضعة، مذكور في مختلفات الفقيه أبي الليث - رحمه الله - في كتاب الإقرار[1] من آخر الكتاب، إلا أن ثمة وضع المسألة في التلجئة، والتلجئة والوفاء سواء.

❋ ❋ ❋

(١) زاد في م: تقريب.

نوع آخر في صفقة بشرط:

ذكر محمد - رحمه الله - في الزيادات في باب ما يقع من الطلاق بالأوقات المتفرقة على المال:

إذا قال لغيره: أبيعك هذا العبد على أن أبيعك هذه الأمة، أبيعك هذا العبد على أن أزيدك هذه الجارية بألف درهم، أو قال: أعطيك هذا العبد على أن أعطيك هذه الجارية بألف درهم، أو قال: أبيعك هذا العبد على أن أزيدك هذه الجارية بألف درهم، فذلك جائز كله ويصير العبد والأمة له بألف درهم.

وذكر في المزارعة: إذا قال الرجل لغيره: أدفع إليك نخيلي هذه معاملة بالنصف على أن أدفع إليك أرضي هذه مزارعة تزرعها ببذري على أن يكون الخارج بينهما نصفين، فالعقد فاسد كله لاشتراط أحدهما في الآخر.

واختلف فيه، منهم من قال: ما ذكر في الزيادات يصير رواية لما ذكر في المزارعة بالجواز، وما ذكر في المزارعة يصير رواية لما ذكر في الزيادات بالفساد، فيصير في المسألتين جميعًا روايتان.

وجه الفساد: أنه جعل أحد العقدين شرطا في الآخر فيكون ذلك صفقتين، ونهى الشرع عن ذلك.

وجه رواية الجواز: أن (على) هنا بمعنى (الواو) لأن حروف الصلاة يقام بعضها مقام البعض، وصار تقدير المسألة: أبيعك هذا العبد وهذه الأمة بألف درهم، أعطيك هذه النخيل معاملة وهذه الأراضي مزارعة بالنصف، ويكون هذا عقدا، لا أن يكون أحدهما مشروطا في الآخر، وإنما جعلنا كلمة (على) بمعنى (الواو) تصحيحا للعقد؛ لأن غرض المتعاقدين الصحة، وطريق الصحة في هذه الصورة هذا.

ومنهم من قال: لأن بين ما ذكر في المزارعة وبين ما ذكر في الزيادات فرق.

والفرق: أن في باب المزارعة قال: أعطيك هذه النخيل معاملة بالنصف، وهذا

إيجاب عقد تام، ولهذا لو اقتصر عليه كان عقدًا تامًا، وإنما ذكر المزارعة في الأرض بعد تمام العقد والنخيل، فيكون عقدين شرط أحدهما في الآخر.

وأما في مسألة الزيادات قال: أبيعك هذا العبد، وليس هذا بإيجاب تام وأنه لم يذكر له بدلًا، وإذا قال: على أن أبيعك هذه الأمة بألف، ثم الإيجاب الآن؛ لأنه ذكر البدل، وكان ذلك كله عقدا واحدًا، وزاد في مسألة المزارعة: أبيعك هذا العبد بألف درهم على أن أبيعك هذه الجارية بمائة دينار، هناك يفسد العقد كله؛ لأن الإيجاب في العبد عقد تام قبل ذكر الجارية، وكانا عقدين أحدهما مشروط في الآخر ففسدا جميعًا.

وهذا الفرق صحيح على رواية هشام عن محمد - رحمه الله - إذا قال لغيره: بعتك عبدي هذا بألف درهم على أن أبيعك هذا الآخر بمائة دينار، أن هذا باطل.

غير صحيح على رواية أخرى قيلت: البيع في ذلك أن البيع جائز في الغلامين جميعًا.

وإذا اشترى من آخر أرضا بدراهم بالخيار (اكندم مريك هو خياران بردرمين كندم كار ويعقد).

قيل: تفسد الإجارة؛ لأن هذه مزارعة شرطت في إجارة فكانت صفقة في صفقة لا تفسد الإجارة؛ لأن وقت العقدين مختلف ولا يتصور اجتماعهما في وقت واحد يكون أحدهما مشروطًا في الآخر معنى، فإن كان أحدهما مشروطا في الآخر صورة.

نظير هذا ما ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المزارعة يشترط فيها المعاملة: إذا دفع غلاما إلى حائك ليعلمه الحياكة خمسة أشهر بكذا يعطيه صاحب الغلام على أن يعطيه الحائك خمسة أشهر أخرى كل شهر كذا: أن الإجارتين جائزتان وإن شرط إحداهما في الأخرى؛ لأن وقت الإجارتين مختلف فلم يتصور اجتماعهما في وقت واحد فلا تكون إحداهما مشروطا في الأخرى معنى، وإن كانت مشروطة فيها صورة كذا ههنا. والله أعلم.

ومسألة الخيار كانت واقعة الفتوى.

ومما يتصل بهذا النوع: بطلان العقد بعد وقوعه لوصف الصحة.

ذكر في بيوع أهل الذمة من بيوع الكافي: اشترى مسلم من مسلم عصيرا فلم يقبضه حتى تخمر، فسد العقد. وإن صارت خلًا قبل أن يترافعا، فإن شاء المشتري أخذ، وإن شاء ترك، فإن خاصم قبل أن يتخلل أبطل القاضي البيع، وإن تخلل بعد؛ لأن ذلك لم يكن له عليه سبيل، هذا في الرواية.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وغيره: هذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف.

أما على قول محمد - رحمه الله -: يبطل البيع بالخمر حتى لو تخلل لا يتمكن المشتري من قبضه، وإن لم يكن القاضي أبطل العقد بعد؛ لأن الخمر عنده كالهالك، وعندهما: كالإباق في آخر باب الخيار.

وذكر القدوري: أن الذي ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض فالبيع باطل. قال: وهو قوله. وعن أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف: أن البيع بحاله.

وكان الكرخي يقول: معنى قوله في الأصل: (إن البيع باطل) أي للمشتري أن يبطله، واستدل بما قاله أنه لو تخلل قبل الفسخ كان للمشتري أن يأخذه فلو كان العقد يبطل لما ملك المشتري الأخذ.

قال القدوري: هذا لا يصح أنه لا يمتنع أن يفسد العقد لمعنى ثم يصح بزواله كما في الشروط الملحقة.

قد زعم الكرخي والقدوري: أن المشتري متمكن من الأخذ إذا لم يبطل القاضي البيع بينهما حتى تخلل في قول الكل؛ لأن الكرخي استدل على أن العقد بالتخمر لم يبطل عند محمد - رحمه الله - كما هو مذهبنا، فأول قول محمد بما ذكرنا أن معنى قوله: (البيع باطل) إلى أن للمشتري أن يبطله، والقدوري لم يقبل تأويله، بل قال:

يفسد البيع عنده.

ثم نقول: قال أبو الحسن أيضا: معنى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: (أن العقد على حاله) إن لم يبطل بعد، أما يبطل بلا شك.

ووجه هذا: أن صحة العقد كان باعتبار المالية والتقوم، وبالتخمر إن سقطت القيمة لم تبطل المالية حتى لو اشترى به شيئا ملك، ولو زالت القيمة والمالية جميعا انفسخ العقد كما لو مات المبيع قبل القبض، ولو بينا جميعا بقي العقد جائزا، فإذا زال أحدهما وبقي الآخر ارتفع الجواز، ولم يرتفع أصل العقد؛ لأن هذا الفساد إنما كان يعارض على شرف الزوال فإذا زال صار كأن لم يكن، وهو معنى تأويل أبي الحسن لقول محمد - رحمه الله -.

قال: والعصير إذا تخمر في مدة الخيار للمشتري وقد قبضه فقد لزم البيع وعليه الثمن؛ لأن العين تعيبت في يده بعيب زائد، ولو كان للبائع، فعلى قول أبي يوسف: البائع على خياره، فإن سكت حتى مضى وقت الخيار جاز، وهذا قياس ما إذا استهلكه أجنبي في يد المشتري، وإن لم يختصما حتى صار خلا فاختيار البائع التزام البيع فله ذلك، ولا يعتبر رضا المشتري في المشهور من الرواية؛ لأن التخمر معد أنه عيب في ضمان المشتري صار التخلل كأن لم يكن، فلا معنى لاعتبار رضا المشتري.

ولو تبايع الذميان خمرا بشرط الخيار للمشتري قبل أن يختار وقبل أن يقبض الخمر، بطل البيع في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما: يلزم العقد. وهذا بناء على أن خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملك المشتري عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما: لا يمنع. فالمسألة تأتي بعد هذا.

ولما كان من أصلهما أن الخيار لا يمنع دخول المبيع في ملك المشتري، كان المسلم مالكا للخمر، فلو ردها بعد الإسلام انتقل الخمر من ملكه إلى ملك البائع برده، وذلك لا يجوز، فلتعذر الرد لزم العقد.

وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه -: لما كان خيار المشتري مانعًا دخول المبيع في ملك المشتري لم يبطل العقد، فبإسلام المشتري يملكها عند إسقاط الخيار بعد إسلامه بحكم العقد، وذلك لا يجوز في الخمر.

قال: ولو كان الخيار للبائع وأسلم البائع بطل البيع؛ لأن الخمر بقيت على ملكه، لما عرف أن خيار البائع يمنع زوال ملك البائع بالاتفاق، فلو لم يبطل العقد انتقل الملك في الخمر عنه بعد إسلامه، وذلك لا يجوز.

قال: ولو أسلم المشتري لم يبطل البيع، والبائع على خياره؛ لأن المسلم لا يحتاج إلى صنعة لإتمام العقد على الخمر إذا لم يكن الخيار مشروطًا فصار إسلامه في هذا البيع وإسلامه في البيع البات سواء، وهناك لا يفسد العقد بلا شك فهنا كذلك.

قال: ولو لم يتقابضا فأسلم أحدهما، بطل البيع إذا أسلم الذي له الخيار بلا شك وكذلك إذا أسلم الآخر؛ لأنه][1] لو كان البيع باتا فأسلم أحدهما قبل القبض بطل البيع؛ لأن الصفقة لم تتم [بعد][2] فيجعل الطارئ عليها قبل تمامه بمنزلة المقارن لها، فإذا كان العقد يبطله فأسلم أحدهما قبل القبض في البيع البات، ففي البيع بشرط الخيار أولى. والله أعلم.

* * *

(١) من أول قوله: «بأن وجده تسعة وأربعين، فالبيع جائز...» إلى هنا سقط في أ.
(٢) سقط في م.

[بسم الله الرحمن الرحيم][١]

الفصل السابع

في الشروط التي تفسد [البيع][٢] والتي لا تفسده[٣]

يجب أن يعلم بأن الشرط في البيع لا يخلو: إما إن كان شرطا يقتضيه العقد. معناه: أن يجب بالعقد من غير شرط، فإنه لا يوجب فساد العقد. كشرط تسليم المبيع على البائع، وشرط تسليم الثمن على المشتري، وهذا لأن اشتراط ما يجب بالعقد[٤] من غير [ذكر لغو][٥]، لأنه لا يفيد شيئًا فصار[٦] وجوده كعدمه، فكأنه لم يشترط شيئا. فيجوز البيع.

وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد على التفسير الذي قلنا إلا أنه يلائم العقد، ونعني به [أن][٧] يؤكد موجب العقد، إذ تأكيد موجب الشيء يلائم ذلك الشيء. وذلك: كالبيع بشرط أن يعطي المشتري كفيلا بالثمن، والكفيل معلوم بالإشارة أو التسمية حاضر مجلس العقد، فقبل[٨] الكفالة.

أو كان غائبا عن مجلس العقد فحضر قبل أن يتفرقا وقبل الكفالة، جاز البيع استحسانا، والكفالة وإن لم تكن من مقتضى[٩] العقد؛ إلا أنها تؤكد موجب العقد؛ لأن الكفالة وثيقة بجانب المطالبة، ولهذا اختص جواز الكفالة بالذمم، والمطالبة موجب العقد فما يؤكدها يكون ملائما للعقد فلا يؤثر في فساد العقد.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: تفسد.
(٤) في م: العقد.
(٥) في أ: شرط يلغو.
(٦) في م: وصار.
(٧) سقط في م.
(٨) في أ: تقبل.
(٩) في أ: مقتضيات.

وكذلك البيع بشرط أن يعطي المشتري بالثمن رهنا، والرهن معلوم بالإشارة أو بالتسمية، جاز البيع استحسانا.

وإن[١] لم يكن الرهن من مقتضيات العقد إلا أن الرهن يؤكد موجب العقد؛ لأن الرهن شرع وثيقة ومؤكدا بجانب الاستيفاء. ولهذا اختص جوازه بالأموال القابلة للاستيفاء، واستيفاء الثمن موجب العقد فما يؤكده يلائم العقد.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - في شرحه: فرق محمد - رحمه الله - بين الكفيل وبين الرهن.

فشرط حضرة الكفيل مجلس البيع وقبوله الكفالة لجواز البيع.

ولم يشترط حضرة الرهن لجواز البيع. وإنما شرط العلم.

وفي القدوري: شرط أن يكون الرهن معينًا.

وهكذا شرط في المنتقى.

قال في المنتقى: وإن لم يكن الرهن معينا ولا مسمى، وإنما شرطا أن يرهنه بالثمن رهنا فالبيع فاسد؛ لأن جهالة الرهن توقعهما في منازعة التسليم والتسلم، فالمشتري يعطيه رهنا. والبائع يطالبه برهن آخر.

قال في المنتقى: إلا إذا تراضيا على تعيين الرهن في المجلس ودفع المشتري إليه قبل أن يتفرقا، أو يعجل المشتري الثمن ويبطلان الأجل فيجوز البيع استحسانا.

وكذلك إذا لم يكن الكفيل معينا ولا مسمى فالعقد فاسد؛ لأن جهالة الكفيل توقعهما في منازعة مانعة من التسليم والتسلم، لأن الناس متفاوتون في قضاء الدين وملاءمة الذمة[٢].

وإن كان الكفيل حاضرا في مجلس العقد وأبى[٣] أن يقبل الكفالة.

---

(١) في م: فإن.
(٢) في م: الذمم.
(٣) في م: وأما.

أو لم يأب ولكن لم يقبل حتى افترقا، أو[١] أخذ في عمل آخر، فالبيع فاسد استحسانا، قبل ذلك، أو لم يقبل.

وشرط الحوالة في هذا الباب نظير شرط الكفالة.

يريد به: إذا وقع البيع بشرط أن يحيل المشتري البائع على غريم من غرمائه، فالعقد فاسد قياسًا واستحسانا.

وفي المنتقى رواية[٢] ابن سماعة: إذا كان الرهن معينًا في العقد. بأن اشترى رجل من آخر دارا بألف درهم على أن يعطيه عبده هذا رهنا، فلما قبض الدار [امتنع عن [تسليم][٣]][٤] الرهن لم يجبر عليه، ولكن يقال للمشتري: [ادفعه، أو][٥] افسخ العقد، أو عجل الثمن.

قال: وهو قول محمد - رحمه الله -.

وفي القدوري يقول: ولكن يقال [للمشتري][٦]: إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تفسخ العقد، وهذا لأن الرهن من جانب الراهن محض تبرع؛ لأن الحق يبقى عليه بعد الرهن كما كان قبل الرهن. ولا إجبار على التبرعات ولكن يخير[٧] المشتري على نحو ما ذكرنا؛ لأن البائع ما يرضى[٨] بزوال ملكه عن المبيع إلا بثمن مستوثق، فإذا فاتت الوثيقة فات وصف مرغوب فثبت له حق النقض - إلا أن يفي المشتري بالشرط أو يدفع القيمة على ما ذكره[٩] القدوري؛ لأن يد الاستيفاء للبائع إنما تثبت

---

(١) في م: و.
(٢) زاد في م: عن.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: مبيع الدهن عن.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: يجبر.
(٨) في م: رضي.
(٩) في م: ذكر.

على المعنى وهو القيمة. فالاستيفاء في باب الرهن يقع في معنى الرهن لا من عينه.

قال في المنتقى: وإن كان المشتري باع الدار أمرته بأن[(١)] يدفع العبد أو يعجل الثمن، [قال][(٢)]: لأن بعد البيع تعذر الفسخ فيخير بين دفع الرهن أو تعجيل[(٣)] الثمن.

قال [ثمة][(٤)]: إن مات العبد أمرته أن يدفع إليه رهنا[(٥)] يساوي قيمة العبد[(٦)] أو يعجل الثمن.

وإن كان العبد لم [يمت، يقال][(٧)] للمشتري: اعطه رهنا آخر سوى العبد، [فللبائع][(٨)] أن يمتنع[(٩)]، فإن أراد المشتري أن يعطيه قيمة العبد دراهم أو دنانير، فليس للبائع أن يمتنع عنه.

ولو اشترى عبدًا على أن يعطي البائع المشتري كفيلاً بما أدركه من درك فهو على ما ذكرنا.

إن كان الكفيل مجهولا فالعقد فاسد. وإن كان معينا حاضرًا وقبل، أو[(١٠)] كان غائبًا فحضر قبل أن يفترق العاقدان وقبل. فالعقد[(١١)] جائز استحسانا.

وإن كان الشرط لا يلائم العقد إلا أن الشرع ورد بجوازه كالخيار والأجل.

وإن لم يرد الشرع بجوازه ولكنه متعارف.

---

(١) في م: أن.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: يعجل.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: ما.
(٦) في أ: البد.
(٧) في م: يجب فقال.
(٨) في أ: وليس للبائع.
(٩) زاد في م: عنه.
(١٠) في م: إن.
(١١) في م: العقد.

[كما إذا اشترى نعلا وشراكا على أن يحذوه البائع، جاز البيع، وإن كان القياس يأبى جوازه.

لأن التعارف][(١)] والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر.

وروى هشام عن محمد - رحمه الله -: إذا اشترى من آخر نعلا على أن يحذوه، أن البيع فاسد.

وإن كان الشرط لم يعرف [ورود الشرع][(٢)] بجوازه في صورة وهو ليس بمتعارف[(٣)]. إن كان لأحد المتعاقدين فيه منفعة.

أو كان للمعقود عليه منفعة، والمعقود عليه من أهل أن يستحق حقا على الغير، فالعقد فاسد.

وتفسير منفعة المعقود عليه ما قال في الكتاب.

إذا باع عبدا بشرط ألا يبيعه ولا يهبه ولا يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه، ففي هذا الشرط منفعة المعقود عليه.

فإن المملوك يسره ألا تتداوله الأيدي. وإذا وافقهم موضع لا يحبون البيع وتميل قلوبهم إلى ذلك الموضع، فالبيع بهذا الشرط لا يجوز عند علمائنا رضي الله عنهم.

وتفسير منفعة أحد المتعاقدين:

أن يقول للبائع: بعني هذا العبد على أن أهب لك كذا أو أقرضك كذا، فالبيع بهذا الشرط فاسد.

ثم إذا شرط منفعة[(٤)] المعقود عليه [فأما ما سوى الرقيق من الحيوانات التي لا تستحق على الغير حقا][(٥)]، إنما يفسد العقد إذا كان المعقود عليه من أهل أن يستحق

(١) سقط في م.
(٢) في م: ورد الشرط.
(٣) في م: متعارف.
(٤) في م: بمنفعة.
(٥) ما بين المعقوفين سقط في أ.

حقًا على الغير وذلك[١] الرقيق.

[فأما ما سواه][٢] فاشتراط منفعته لا تفسد العقد - حتى لو اشترى شيئًا من الحيوانات سوى الرقيق فشرط ألا يبيعه أو لا يهبه فالبيع جائز. و[إن كان][٣] في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه.

فإن الناس يتفاوتون في الإحسان في حق دوابهم[٤] فالمشتري ربما يكون أكثر تعاهدًا بالمشترى من غيره[٥].

وإنما جاء الفرق؛ لأن المعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق، [فالاستحقاق بالشرط][٦] يفيد وجوب المشروط في حقه لو صح.

والشرط متى أفاد وجوبا يجب اعتباره، وإذا وجب اعتباره، فالمشروط له يطالب بالحكم[٧]، والمشروط عليه يمتنع بحكم الشرع. فإن الشرع نهى عن بيع وشرط مطلقًا إلا أن يكون شرطًا يقتضيه العقد، أو يلائم موجب العقد، أو ورد الشرع بجوازه، أو كان متعارفا صار مخصوصا عن قضية النهي فبقي ما وراءه[٨] داخلا تحت النهي فتقع المنازعة بينهما في إيفاء المشروط، وكل عقد يفضي إلى المنازعة يحكم بفساده[٩].

و[أما][١٠] إذا لم يكن المعقود عليه من أهل أن يستحق حقًا على الغير فالشرط لا

---

(١) زاد في ب: وهو.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) في أ، م: دوابه.
(٥) زاد في أ: الفرق بين اشتراط ما فيه منفعة للمعقود عليه من أهل الاستحقاق وبين غيره ممن لا يستحق حقًا على الغير.
(٦) في م: فالشرط.
(٧) في م: الحكم.
(٨) في أ: عداها.
(٩) في م: فساده.
(١٠) سقط في أ.

يفيد(١) وجوب المشروط في حقه فيجعل وجوده(٢) والعدم بمنزلة. فكان البيع حاصلاً من غير شرط معنى.

وإن كان شرط المنفعة جرى بين أحد المتعاقدين وبين أجنبي.

بأن اشترى على أن يقرض البائع فلان الأجنبي كذا، وقبل المشتري ذلك.

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح الجامع في باب الزيادة في المبيع من غير المشتري: أن العقد [لا](٣) يفسد.

[وذكر القدوري - رحمه الله تعالى -: أن العقد يفسد](٤).

وصورة ما ذكر القدوري - رحمه الله -: إذا قال المشتري للبائع: اشتريت منك هذا على أن تقرضني أو [أن](٥) تقرض فلانا. وذكر أن العقد فاسد.

وفي المنتقى: قال محمد - رحمه الله -: كل شيء [يشترطه المشتري](٦) على البائع يفسد به البيع. فإذا شرطه على أجنبي فهو باطل.

من ذلك: إذا اشترى من غيره دابة على أن [يهب له](٧) فلان الأجنبي(٨) عشرين درهما فهو باطل كما إذا اشترط على البائع أن يهب له عشرين درهما.

وكل شيء يشترطه على البائع لا يفسد به البيع. فإذا شرطه على أجنبي، فهو جائز وهو بالخيار.

من جملة ذلك:

إذا اشترى من آخر عبدا بمائة درهم على أن يحط فلان الأجنبي عشرة دراهم

---

(١) في م: يقبل.
(٢) في أ: هو.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: يشترط للمشتري.
(٧) سقط في م.
(٨) زاد في م: يهب له.

عنه، فالبيع جائز وهو بالخيار. إن شاء أخذه [بمائة][(١)] وإن شاء ترك.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا اشترى من آخر شيئًا على أن يهب البائع لابن المشتري أو لفلان الأجنبي من الثمن دينارا، فالبيع فاسد.

وإن كان شرطا لم يكن لأحد المتعاقدين [ولا للمعقود عليه منفعة بل فيه لأحد المتعاقدين][(٢)] مضرة بأن باع ثوبًا بشرط ألا يبيعه ولا يهبه، ذكر في آخر المزارعة ما يدل على أن البيع جائز، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - [ومحمد أيضًا.

وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه][(٣)]: أن البيع فاسد وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -.

وجه الجواز لأبي حنيفة ومحمد - رحمة الله عليهما -: أن المشروط إذا كان منفعة في حق المتعاقدين. إنما يوجب فساد العقد؛ لأن المشروط له يطالب بحكم الشرط. والآخر يمتنع بحكم الشرع فيتنازعان ولا مطالبة في موضع الضرر فصار وجود هذا الشرط والعدم بمنزلة.

المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا اشترى من آخر شيئًا على أن يعطي الثمن فلان، فالبيع جائز سواء كان حاضرًا فلان أو غائبًا.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح كتاب المكاتب في الباب الثاني منه: أن من باع على أن يعطي ثمنه من مال فلان. فقد اختلف المشايخ في جواز هذا البيع.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: إذا باع الرجل عبدًا له من رجل بالدين الذي للمشتري على فلان وهو ألف. ورضي به فلان فهو جائز. والمال للبائع على الغريم الذي عليه الدين.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في م.

لأنه لو قال لمولى العبد: بع عبدك فلانا بما له من الدين، فهذا جائز، ولمولى العبد ألف على الغريم. كأنه دفع غيره إلى الغريم ليبيعه بما للطالب عليه من الدين.
وإذا باع عبده من رجل على أن يدفع المشتري ثمنه إلى غريم البائع، كان البيع فاسدًا.

وإنما فسد البيع لمكان الربا. لأن البائع شرط على المشتري لنفسه[١] منفعة؛ لأنه شرط عليه أداء ماله عليه إلى غريم له، وفي هذا الشرط للبائع منفعة؛ لأنه يسقط عن نفسه مؤنة القضاء إلى الغريم.

ولأن الناس يتفاوتون في الاستيفاء، منهم من يسامح فيه، ومنهم من يماكس فيه فلسا وليس بإزاء هذه المنفعة المشروطة عوض. والربا ليس [إلا][٢] منفعة مشروطة في عقد المعاوضات لا يكون بمقابلتها عوض. فيتمكن في هذا البيع الربا من هذا الوجه، وبالربا يفسد البيع.

وكذلك إذا باع عبده من إنسان بألف درهم على أن يضمن المشتري عنه ألف الغريم له، فإن البيع فاسد. والوجه في فساده ما ذكرنا.

وإذا قال لغيره: بع عبدك من فلان [بألف درهم][٣] على أن [يكون][٤] الثمن علي والعبد لفلان، فهذا لا يجوز.

نص عليه محمد - رحمه الله -.

وكان أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - يقول بالجواز، واستبعده الخصاف.

وإذا قال: بعتك هذا العبد بألف درهم وعلى أن تقرضني عشرة [دراهم][٥]، جاز البيع ولا يعتبر قوله: (وعلى أن تقرضني) [شرطا في البيع][٦] لأنه ذكره بحرف

(١) في م: يتعينه.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

(الواو) كان[١] معطوفًا على الأول لا شرطًا.

وبمثله لو قال: على أن تقرضني عشرة، يعتبر ذلك شرطًا حتى يفسد البيع.

وهو نظير ما لو كان [دفع][٢] لرجل أرضًا بيضاء فيها نخيل فقال: دفعت إليك النخيل معاملة على أن تزرع [الأرض البيضاء، فسدت المعاملة واعتبر قوله: (على أن تزرع)][٣] شرطًا للمزارعة في المعاملة.

ولو قال: على أن تزرع الأرض البيضاء، لا تفسد المزارعة ولم يعتبر هذا شرطًا، ويعرف من[٤] هاتين المسألتين كثير من المسائل.

ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - هاتين المسألتين في صلح المبسوط في باب الصلح عن الدين.

وذكر في نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - بخلاف ما ذكر ههنا - فيما إذا ذكر بحرف (الواو). فقال: وإذا قال: أبيعك عبدي هذا بألف درهم وعلى أن يخدمني سنة، فهذا[٥] باطل.

[وإذا باع بستانًا][٦] بشرط أن يبني البائع حوائط الكرم، فالبيع فاسد ولو [لم][٧] يكن البناء[٨] مشروطًا في البيع [بل][٩] كان موعودًا، كان البيع جائزًا ولا يجبر البائع على البناء ولكن للمشتري أن يرده إن لم يبن البائع.

قال: ولو باع عبدًا بشرط أن يعتقه المشتري، فالبيع فاسد في المشهور من

---

(١) في م: لمكان.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: كان.
(٤) في م: عن.
(٥) في م: فهو.
(٦) في م: من باع.
(٧) سقط في م.
(٨) زاد في م: مستهلكا.
(٩) سقط في م.

الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أن البيع جائز. وهو قول الشافعي - رحمه الله-؛ لأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف فيما بين الناس؛ ولأن بيع العبد تسمية متعارف في الوصايا وغيرها. وتفسيره: البيع بشرط العتق [لأن العتق في المبيع قبض، حتى][١] إذا أعتق المشتري المبيع قبل القبض صار قابضًا، والقبض من أحكام العقد فاشتراطه في العقد يلائمه ولا يفسده.

وجه الرواية المشهورة: «نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط»[٢] ولأن في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به العقد كما لو شرط ألا يبيع.

يوضحه: أن موجب العقد الملك، [وقضية الملك أن يكون المالك][٣] على خيرة بين اتخاذ العتق وتركه، وقضية الشرط اللزوم، [واللزوم][٤] ينافي الخيرة فلم يكن ملائمًا للعقد.

---

(١) في م: المبيع قبض.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط كما في مجمع الزوائد (٤/ ٨٥)، والخطابي في معالم السنن (٣/ ١٤٥ - ١٤٦)، والحاكم في «علوم الحديث» ص (١٢٨) ذكر النوع التاسع والعشرين في معرفة سنن رسول الله ﷺ يعارضها مثلها، وابن حزم في المحلى (٨/ ٤١٥ - ٤١٦)، عن عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة، فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبى ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعًا وشرط شرطًا، فقال: البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته، فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: سبحان الله ثلاث من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة! فأتيت أبا حنيفة فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا، حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع وشرط» البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا، حدثني هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة قالت: «أمرني رسول الله ﷺ أن أشترى بريرة فأعتقها» البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا، حدثني مسعر بن كدام، عن محارب بن دثار، عن جابر قال: «بعت النبي ﷺ ناقة وشرط لي حملانها إلى المدينة» البيع جائر والشرط جائز.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

ثم فرع على الرواية المشهورة. فقال: ولو أعتقه صح العتق ولزمه الثمن استحسانًا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: عليه القيمة، وهو القياس؛ لأن البيع قد فسد لمكان الشرط. وبالإعتاق تقرر الفساد.

وجه الاستحسان: أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيجب الثمن [المسمى][(١)] كما لو باع بأجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل مضيه.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن هذا الشرط لا يلائم العقد بنفسه لاقتضائه اللزوم الذي ينافي قضية الملك، والمالك[(٢)] مخير بين التحصيل والترك.

أما ما يلائمه باعتبار ما هو المقصود من الشرط وهو الإعتاق - لأنه إنهاء للملك، وإنهاء الشيء [يقرر ذلك الشيء][(٣)] فيكون ملائمًا؛ إلا أن يكون [باقيا بحكم الفساد][(٤)] على الثبات كما كان الأمر هكذا ولكنه موقوف.

وإن استهلكه من وجه آخر تقرر الفساد [اعتبارًا][(٥)] لعدم هلاك[(٦)] ثمنه من حيث نفس الشرط، وإن أعتقه يتقرر[(٧)] الجواز باعتبار الملاءمة من حيث المقصود ولزمه الثمن المسمى.

وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أن المشتري إذا أعتق قبل القبض جاز. وهذا دليل على أن الفساد غير متقرر. إذ لو كان متقررًا لم يثبت الملك للمشتري قبل القبض، وما لم يثبت الملك للمشتري [لا يصح الإعتاق، والله أعلم][(٨)].

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: وهو المالك.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: ثانيًا، فلم يحكم بالفساد ثانيًا.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: الهلاك.
(٧) في م: يتصور.
(٨) سقط في م.

نوع آخر: إذا باع برذونا[١] على أنه هملاج[٢]، فالبيع جائز.

[وإذا اشترى شاة على أنها حامل، أو اشترى ناقة على أنها حامل، فالبيع جائز][٣]. ذكره الحسن - رحمه الله - في بيوعه.

لأن المشروط صفة من أوصاف المبيع - لأن الولد ما دام في البطن بقي[٤] حق التصرفات المضافة إلى الأم، ألحق بسائر أوصافها من اليد والرجل، فصار اشتراط أنها حامل كاشتراط أنها ذات يد وذات رجل.

وفي ظاهر الرواية: لا يجوز؛ لأن الحبل في البهائم زيادة فلا يدري وجودها وقت البيع فكان فيه[٥] غرر فيفسد به [البيع][٦]، كما لو باعها[٧] على أن معها ولدًا، بخلاف ما لو باع برذونا على أنه هملاج؛ لأن الوقوف على المشروط ممكن وقت البيع بالسير، أما ههنا بخلافه.

ولو باع شاة على أنها حلوب فالبيع جائز، كذا ذكره الحسن في المجرد، وكذا ذكره الطحاوي في اللبون؛ لأن المشروط صفة من أوصاف المبيع ويمكن الوقوف على وجوده وقت البيع فصار كما لو باع برذونا على أنه هملاج.

وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله -، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وذكره الكرخي وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني.

وإذا اشترى جارية على أنها ذات لبن، فهذا وما لو اشترى شاة على أنها لبون

---

(١) البرذون: مفرد البراذين وهو: ضرب من الدواب يخالف الخيل العراب، عظيم الخلقة غليظ الأعضاء. ينظر: المعجم الوسيط، مادة (ب ر ذ ن).

(٢) هملجت الدابة: إذا سارت سيرا حسنا في سرعة، وهو فارسي معرب، وأمر مهملج: منقاد، مذلل. ينظر: القاموس المحيط (١/ ٢٩٢).

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: في.

(٥) في م: به.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ، م: باع.

سواء. فمن قال بفساد البيع ثمة يقول بفساد البيع هنا.

ووجه ذلك: أن المشروط وإن كان من أوصاف المبيع إلا أن هذا وصف لا يدري وجوده وقت البيع، فكان في البيع غرر فيكون فاسدًا.

ولو باع شاة على أنها تحلب كذا وكذا فالبيع فاسد باتفاق الروايات؛ لأن المشروط ليس بصفة في هذه الصورة.

فإنه لم يقل: (على أنها حلوب) وقال: (على أنها تحلب كذا وكذا) فيكون اشتراطًا للبن المحلوب وأنه مجهول على خطر الوجود، فاشتراطه يوجب غررًا في العقد فيوجب الفساد.

وكذلك لو اشتراها على أنها تضع بعد شهر، فالعقد فاسد.

وكذلك [لو اشترى](١) سمسما أو زيتونا على أن فيه كذ [منا](٢) من الدهن(٣) فالعقد فاسد.

وإذا اشترى دابة على أنها ذات لبن فالشراء جائز؛ لأن المشروط صفة(٤) من أوصاف المبيع، والوقوف عليه ممكن وقت البيع، فهو بمنزلة ما لو اشترى فرسا على أنه هملاج.

ولو اشترى جارية على أنها حامل. فقد ذكر الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله -: أن المشايخ اختلفوا في جواز هذا البيع(٥).

بعضهم قالوا: لا يجوز، كما لو اشترط الحمل في البهائم. وهذا(٦) القائل يستدل بما ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب البيوع.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: الدهون.
(٤) زاد في م: أسنان.
(٥) في أ: العقد.
(٦) في أ: وكذا.

إذا باع جارية وتبرأ من الحبل يجوز، فإنما يحكم بجواز البيع في الجارية إذا تبرأ(١) من الحبل، فهذا دليل على أنه إذا اشترط الحمل يفسد البيع، وهذا لأن المشروط مما [لا](٢) يوقف عليه وقت البيع.

وقال بعضهم: البيع جائز.

قال الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله -: وهذا القول أصح عندي من قبل [أن](٣) الحبل في بنات آدم يعد نقصانا لا زيادة - لأنه يوجب ضعفًا فيها فاشتراط الحمل يكون تبرؤا عن العيب، ولا يكون اشتراطا على الحقيقة؛ لقولك: بعتك هذه الجارية على أنها عوراء أو عرجاء.

والتبرؤ من العيب كما [يثبت بلفظ البراءة](٤) يثبت بالشرط(٥).

---

(١) في أ: اشترى.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) اشتراط البراءة من العيب جائز عند الحنفية سواء أكان العيب معلوما للمشترط أم مجهولا له، ومهما كان محل العقد، وأجازه مالك والشافعي في الحيوان وحده. لأن الحيوان قلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر فيحتاج فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفي دون ما يعلمه.

والأصل في اعتبار البراءة من العيب أثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما حين باع غلاما له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي. فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبدا وبه داء لم يسمه. وقال عبد الله: بعته بالبراءة. فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه. فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم [أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٦١٣)، وعند البيهقي في السنن (٥/ ٣٢٨)، وأورده القاضي زكريا الأنصاري في شرح الروض (٢/ ٦٣)]. وتلخيص مذاهب العلماء في اشتراط البراءة:

الاتجاه الأول: أن يبرأ من كل عيب، علمه البائع أو لم يعلمه. وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور، وروي عن ابن عمر وزيد.

الثاني: لا يبرأ من شيء من العيوب حتى يسميه، سواء أكان العيب مما يعاين أم لا، وهو مذهب ابن أبي ليلى وسفيان الثوري.

الثالث: لا يبرأ من شيء من العيوب حتى يضع يده عليه، والمراد بوضع اليد، إما =

وعن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله -: أن اشتراط الحمل إن كان من جهة البائع فهو تبرؤ. وإن كان من جهة المشتري فهو شرط على الحقيقة. والمشروط على خطر المعدوم[1] فيفسد العقد.

ومن المشايخ من [قال: اشتراط][2] الحمل في الجارية إن كان لأجل الزيادة؛ بأن يشتريها ليتخذها ظئرا، يفسد العقد.

وإن كان لا يريد اتخاذها ظئرا فاشتراط الحمل على وجه التبرؤ فيكون البيع جائزًا.

وقد ذكر هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله - ما هو قريب من هذا فإنه روى عنه أنه قال: البيع جائز إلا أن يظهر المشتري أن يشتريها للظئورة حينئذ لا يجوز البيع.

وذكر الإمام الزاهد [أحمد][3] الطواويسي: أن الجارية إن كانت نفيسة فالبيع جائز. لأن الحبل فيها عيب. واشتراط العيب فيها تبرؤ عن العيب فيجوز، وإن كانت خسيسة بحيث تشترى لتتخذ ظئرًا فالبيع فاسد. لأن الحبل في مثلها يُعَد زيادة.

قال - رحمه الله -: إلا أن يكون الحبل عيبًا فيها فيجوز البيع فيها أيضًا.

وفي المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله -: إذا اشترى جارية على أنها حامل فإذا

= المعاينة، وهو قول للشافعية فيما يمكن رؤيته، وإما حقيقة وضع اليد، وهو ظاهر النقل عن شريح وعطاء ورواية في مذهب أحمد ومذهب إسحاق.

الرابع: لا يبرأ إلا من العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة، وهو مذهب مالك الذي ذكره في الموطأ والقول الظاهر من مذهب الشافعي.

الخامس: أن البراءة إنما هي في بيع السلطان للمغنم، أو على مفلس، أو في ديون الميت، كما قال بعضهم.

السادس: بطلان البيع أصلا وهو قول في مذهب الشافعية.

ينظر: القوانين الفقهية، ص (٢٥٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ١١٩)، المقدمات، لابن رشد، ص (٥٨٠)، تكملة المجموع (١٢/ ٣٩٩ - ٤٠٠ و٤٠٦ - ٤٠٧).

(١) في م: العدم.

(٢) في م: اشترط.

(٣) سقط في أ.

هي ليست بحامل، ولم يفصل بين ما إذا كان الشرط من المشتري أو من البائع، وبين ما إذا كانت الجارية خسيسة أو نفيسة.

وإذا اشترى جارية على أنها تحيض فوجدها لا تحيض، إن تصادقا على أنها لا تحيض بسبب الإياس، كان له الرد لأنه اشتراها للحبل والآيسة لا تحبل.

ولو اشترى جارية ثيبًا على أن البائع لم يطأها ثم ظهر أنه كان وطئها، ليس له أن يردها.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه: له أن يردها. وبه أخذ بعض المشايخ.

وعلى هذا إذا وطئها بعد البيع قبل التسليم - ففي ظاهر الرواية: لا خيار للمشتري.

وفي رواية[١] عن أبي حنيفة رضي الله عنه -: أنه[٢] له الخيار.

وإذا باع جارية على أنها مغنية، أو قمريا، أو غيره وشرط أن[٣] يصيح [أو يطير][٤]، أو طيرا وشرط أن يجيء من المواضع البعيدة، أو كبشًا نطاحا، أو ديكا مقاتلا، فالبيع فاسد. في قول أبي حنيفة[٥] - رحمه الله - و[هو][٦] إحدى الروايتين عن محمد - رحمه الله - هكذا ذكر القدوري - رحمه الله -.

لأن هذه جهات محظورة لكونها جهات تلهي فإذا [شرطها في العقد][٧] توجب فساد البيع.

---

(١) في أ: نوادر أبي يوسف.
(٢) في م: أن.
(٣) في م: أنه.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: يوسف.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: حالها في.

ولأن صياح القمري[(١)] وقتال الديك عسى لا يوجد، والإجبار عليه غير ممكن، فكان المضبوط شيئًا لا يقدر على تسليمه فيوجب فساد البيع.

وروي عن محمد - رحمه الله -: إذا باع قمرية على أنها تصوت فصوتت فهو جائز؛ لأن هذه خلقة فيها فيكون تسليمه المشروط[(٢)].

[وعلى هذه الرواية][(٣)] قال: إذا قتل المحرم القمرية المصوتة فإنه يضمن قيمتها مصوتة، بخلاف ما لو قتل صيدًا يجيء من المواضع البعيدة؛ لأن هناك لا يعتبر [قيمة الصنعة][(٤)] في الضمان. لأن ذلك ليس بخلقة. هكذا ذكر القدوري - رحمه الله -.

وذكر في المنتقى عن محمد - رحمه الله -: إذا باع فاختة أو قمرية، على أنها تصوت - ولم يذكر: فصوتت - وأجاب بالجواز.

وذكر في المنتقى: عن محمد فيمن اشترى حمامة يجيء من الصالحين: أن شريحًا ضمنه قيمة حمامة يجيء من الصالحين. وإنما أضمنه مثل ذلك ولا أجوزه في البيع.

وفي الأصل: إذا باع كلبا على أنه عقور، أو حمامة على [أنها][(٥)] دوارة لا يجوز، إلا أن يبين ذلك على وجه العيب.

فعلى هذا في الكبش النطاح والديك المقاتل: لا يجوز البيع إلا إذا ذكر الصفة على وجه العيب.

---

(١) القمري: من (قمر) و(القمرة) شدة البياض أو بياض إلى الخضرة، والقمرى: ضرب من الحمام مطوق حسن الصوت، والجمع: قمر، والأنثى قُمْريةٌ، والجمع: قماري، وليلة قَمْراءُ أي: مضيئة. ينظر: المعجم الوسيط، مادة (قمر) (٢/ ٧٥٨)، مختار الصحاح (١/ ٥٦٠).

(٢) في م: المشروطة.

(٣) في أ، م: ولهذا قال على هذه الرواية.

(٤) في م: فيه الصيغة.

(٥) سقط في م.

وإذا باع كلبا على أنه يصيد، [أو باع بازيا على أنه يصيد][١]. قال أبو يوسف - رحمه الله -: البيع جائز، [و][٢] عن محمد - رحمه الله - روايتان.

وإذا باع جارية على أنها مغنية على وجه التبرؤ من العيب - فهو جائز - لأن كونها مغنية عيب، والتبرؤ عن العيب في البيع لا يفسد البيع.

وذكر في المنتقى عن محمد - رحمه الله -: إذا باع جارية على أنها مغنية - أن البيع جائز ولم يشترط بيان ذلك على وجه العيب.

قال ثمة: ولا أرد البيع. إن كانت تغني [أو لا تغني][٣] - لأن هذا عيب تبرأ منه.

وفي القدوري: [إذا باع جارية على أنها مغنية فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله، الروايتين عن محمد رحمه الله روي عنه][٤] رواية أخرى: أنه إذا ذكر ذلك على وجه التبرؤ عن العيب فهو جائز.

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات -: وإذا اشترى الرجل من آخر عبدا على أنه كاتب أو خباز، فالبيع جائز.

فإن قبضه المشتري فوجده كاتبا، أو خبازًا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم؛ لا يكون له حق الرد لوجود المشروط. فإن المستحق بمطلق الشرط أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية. كما في صفة[٥] السلامة، المستحق بمطلق العقد أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية في الجودة كذا ههنا.

وقوله: (أدنى ما ينطلق عليه الاسم) معناه: [أن][٦] يفعل من ذلك ما يسمى الفاعل به خبازًا أو كاتبًا.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: الصيغة.
(٦) سقط في م.

وهذا لأن كل واحد في العادة لا يعجز عن أن يكتب على وجه تستبين[١] حروفه، وأن يخبز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه، وبذلك لا يسمى كاتبا وخبازًا، فشرط الإتيان بأدنى ما ينطلق[٢] عليه اسم الكاتب والخباز.

[و][٣] باعتباره لهذا قال: وإن وجده لا يحسن الكتابة والخبز - ومعناه: أنه لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمى الفاعل به كاتبا وخبازًا، كان للمشتري الرد، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب، رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن؛ لأنه فات عليه شرط مرغوب فيه، فيقوم العبد كاتبًا وخبازًا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم، وهو المستحق بالشرط - ويقوم غير كاتب وخباز فينظر[٤] إلى تفاوت ما بين ذلك؛ فإن كان مثلا العشر[٥]. يرجع على البائع بعشر الثمن كما في خيار العيب، وإن كان التفاوت [مثلا][٦] الخمس، يرجع على البائع بخمس الثمن، وسيأتي الكلام فيه في مسائل العيب إن شاء الله تعالى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: [ليس][٧] للمشتري أن يرجع على البائع ههنا بشيء؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري إنما[٨] كان بالشرط لا بالعقد، وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب للمشتري الرجوع على البائع بشيء.

ولكن في ظاهر الرواية أصح؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري ما كان بحكم الشرط، وليس أثر الشرط في إثبات الخيار للمشتري، بل أثره في صيرورة الشرط مستحقًّا بالعقد، ثم ثبوت الخيار لعجز البائع عن تسليم ما صار مستحقًّا للمشتري بالعقد،

---

(١) في أ: تتبين.
(٢) في م: يطلق.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: وينظر.
(٥) في م: العشرين.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: لما.

وصار كعجز البائع عن تسليم صفة السلامة.

فإذا وقع الاختلاف بين المشتري وبين البائع في هذه الصورة بعد ما مضى حين من وقت البيع. فقال المشتري لم أجده كاتبا ولا خبازًا.

وقال البائع: إني سلمته إليك كاتبًا وخبازًا ولكنه نسي عندك.

وقد ينسى ذلك في مثل تلك المدة. فالقول قول المشتري، هكذا ذكر المسألة في بيع الجامع.

لأن الاختلاف وقع في وصف عارض، لأن الأصل عدم الكتابة والخبز فيكون القول قول المنكر لهذا الوصف وهو المشتري.

قال في الجامع أيضًا: وكذلك لو قال البائع: هو الساعة كما شرطت، وقال العبد: أنا كذلك إلا أني لم[١] أفعل، كان القول قول المشتري. ولا يعتبر قول العبد. إما لأنه لا شهادة له، أو لأنه شهادة فرد[٢].

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن المشتري إذا زعم أن العبد ليس بخباز فإني أسأل العبد، فإن قال: لست بخباز رددته. فإن أراد المشتري أن يرده فاشتغل العبد بالكتابة والخبز. فإن فعل من ذلك ما يسمى الشخص به كاتبًا وخبازًا في العادة، فليس له أن يرد، فإن كان بخلاف ذلك فله الرد.

وإن[٣] اشترى جارية من غير شرط طبخ ولا خبز، وهي تحسن ذلك، فنسيت في يد البائع، ردها؛ لأن الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة، وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالاستحقاق بحكم الشرط.

في القدوري: وكذلك إذا اشترى جارية على أنها بكر، فإذا هي غير بكر عرف ذلك بإقرار البائع، كان للمشتري الخيار لما مر، فلو امتنع الرد بسبب من الأسباب،

---

(١) في م: لا.
(٢) في م: ترد.
(٣) في م: وإذا.

رجع المشتري على البائع بحصة البكارة من الثمن، فتقوم وهي بكر، [وتقوم وهي غير بكر][١]، فيرجع بفضل ما بينهما ولكن من الثمن، ولو شرط الثيابة، فوجدها بكرًا فهي له، ولا خيار للبائع.

في القدوري: وإن وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في البكارة وكان الاختلاف بعد قبض المشتري الجارية، فقال المشتري: لم أجدها بكرًا.

وقال البائع: كانت بكرًا، لكن ذهبت البكارة عندك، كان القول قول البائع مع يمينه، لأن البكارة صفة أصلية في النساء، وكان المدعي لوجودها[٢] وقت التسليم وهو البائع متمسكًا بالأصل. لكن يحلف البائع بالله لقد باعها وقبضها المشتري وإنها لبكر.

وليس المراد من قول المشتري: لم أجدها [بكرا][٣]، الامتحان بالوطء؛ لأن الوطء مانع من الرد بالعيب، ولكن [معناه][٤]: أني علمت أنها ليست ببكر بخبرها أو بخبر غيرها، وهذا إذا وقع الاختلاف بعد[٥] قبض الجارية.

فأما إذا وقع الاختلاف قبل قبض المشتري الجارية المشتراة، [فقال المشتري][٦]: هي ليست بكرًا، وقال البائع: هي بكر - فالقاضي يريها النساء، بخلاف الوجه الأول؛ لأن هناك اتفقا على عدم البكارة وقت الخصومة، إنما اختلفا فيما مضى، ورؤية النساء للحال لا تفيد العلم فيما مضى، أما هاهنا اختلفا في قيام البكارة للحال، ورؤية النساء في الحال[٧] تفيد العلم، فإن قلن: هي بكر. ذكر في

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: لوجوبها.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: قبل.
(٦) سقط في أ، م.
(٧) زاد في م: لا.

الجامع أنها تلزم المشتري من غير يمين البائع؛ لأن شهادة النساء [هنا][(١)] تأيدت بمؤيد فصارت[(٢)] كشهادة النساء مع الرجال ولو قامت [شهادة][(٣)] للنساء[(٤)] مع الرجال على البكارة لزمت الجارية[(٥)] المشتري من غير يمين البائع، كذا ههنا.

ونظير هذا: ما قال في كتاب الاستحسان: أن امرأة العنين إذا ادعت أنها بكر بعد مضي المدة. إذا ادعى الزوج الوصول إليها. فالقاضي يريها النساء، فإن قلن: هي بكر تخير[(٦)] من غير يمين الزوج. فقد أثبت الفرقة بشهادتهن من غير يمين الزوج لما تأيدت شهادتهن بمؤيد فههنا كذلك.

وإن قلن: إنها ليست ببكر، تلزم المشتري مع يمين البائع بالله إنها لبكر، ولا ينقض البيع؛ لأنا جعلنا في الابتداء القول للبائع[(٧)].

ولو ردت الجارية عليه إنما ترد بشهادة النساء بانفرادهن، وشهادة النساء بانفرادهن إذا لم تتأيد بمؤيد غير معتبرة لبناء الأحكام عليها، وهذا على أصل أبي حنيفة ظاهر؛ لأن عنده: شهادة النساء حجة ضرورية الثيابة الرد، لجواز أنها كانت بنتًا وقت البيع، وعلم المشتري بذلك ورضي، فلم تثبت ثيابة بشهادتهن في حق الرد، فأما على قولهما: بشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة [إذا تأيدت بمؤيد، وإن لم تتأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في إلزام الخصم][(٨)] فينبغي ألا[(٩)] تثبت الثيابة بشهادتهن في حق الفسخ.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: صارت.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: النساء.
(٥) زاد في م: على.
(٦) في أ: يجبر.
(٧) في م: قول البائع.
(٨) سقط في أ، وبدل ما بين المعقوفين في م: مطلقة.
(٩) في م: أن.

وقد روي عن [أبي يوسف و][1] محمد - رحمهما الله - في هذا الفصل: أنه تثبت الثيابة بشهادتهن في حق الفسخ على قياس قولهما.

فعلى هذا يحمل ما ذكر ههنا على[2] قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وفائدة شهادة النساء ههنا على قول أبي حنيفة - رحمه الله - توجه اليمين على البائع [فإن قبل شهادتهن كان لا يتوجه يمين على البائع][3]، والآن يتوجه.

والوجه في هذا: أن دعوى[4] المشتري الثيابة على البائع لم يعتبر في حق توجه اليمين على البائع عند أبي حنيفة؛ لأنه عارض دعوى المشتري ما يبطلها وهو كون البكارة أصلاً في بنات آدم، وقد أبطل اعتبار هذا الأصل بمعارضة شهادة النساء. وبقي دعوى المشتري معتبرة في حق توجيه اليمين على البائع.

فإن نكل البائع، ردت الجارية عليه.

وإن حلف، انقطعت الخصومة، ولزم المشتري الجارية.

أما قبل شهادة النساء لم يبطل كون البكارة أصلا، فبقيت المعارضة بينها وبين دعوى المشتري، فلا يعتبر دعوى [المشتري][5] في حق توجيه اليمين على البائع.

فإن[6] لم يكن بحضرة القاضي من النساء من يثق بقولها، لزمت المشتري من غير يمين البائع لما ذكرنا: أن دعوى المشتري [من غير شهادة غيره معتبرة في حق توجيه اليمين على البائع][7].

ولو كان المشتري اشترى عبدًا، على أنه خباز أو كاتب، [ثم لم][8] يقبضه

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في أ: أن.
(٣) سقط في م.
(٤) زاد في م: الرد.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: وإن.
(٧) سقط في أ.
(٨) في م: فلم.

المشتري حتى قال: ليس هذا كما شرطت لي، يجبر على قبضه.

ولو اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري قبل القبض: ليس هذا كما شرطت لي، يجبر على قبضها.

لأن في الفصل الأول: القول قول المشتري، فلا يفيد الجبر على القبض.

وفي الفصل الثاني: القول قول البائع، فيفيد الجبر على القبض.

وإذا[١] اشترى أرضًا على أن خراجها على البائع أبدًا، فهو على وجهين: إما أن شرط جميع الخراج على البائع، وفي هذا الوجه: البيع فاسد؛ لأنه شرط شرطًا لا يقتضيه العقد، لأنه شرط قضاء دين [على][٢] المشتري، فالعقد لا يقتضيه ولا يلائمه، وأنه غير متعارف، وللمشتري فيه منفعة فيوجب فساد العقد.

[وإما][٣] إن شرط بعض الخراج على البائع مما هو من أصل الخراج، فالبيع فاسد لما قلنا.

وإن كان المشروط على البائع [فإنه على وجهين أيضا إن كان المشروط على البائع][٤] ما هو زائد على أصل الخراج، فالبيع جائز. لأنه شرط بعض الخراج على البائع مما هو من أصل الخراج، فالبيع فاسد لما قلنا.

وإن كان المشروط على البائع ما هو زائد على أصل الخراج، فالبيع جائز؛ لأنه شرط في البيع أنه لا يجب تحمل الظلم على المشتري، وهذا ثابت بدون الشرط.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا اشترى ضيعة على[٥] خراج درهم، وخراجها ثلاثة دراهم، فإن كان المشتري عالمًا [بأن خراجها][٦] ثلاثة دراهم فالعقد

(١) في م: فإذا.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: مع.
(٦) في م: بخراجها.

فاسد؛ لأن هذا بيع بشرط أن يجب بعض الخراج على البائع، وهذا شرط فاسد لما مر.

فإن لم يعلم المشتري بذلك فالبيع صحيح، وللمشتري الخيار، إن شاء قبلها بخراجها وإن شاء تركها.

وقد قيل: إذا[1] كان المشتري يعلم أن خراجها ثلاثة دراهم، إنما يفسد العقد إذا كان الدرهم الثاني والثالث من أصل خراجها، أما إذا كان خراجها في الأصل درهما وزيد عليه بعد ذلك درهمان، يجب ألا يفسد العقد كما في المسألة الأولى؛ إذ المعنى لا يوجب الفصل.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله -: إذا باع أرضًا على أن خراجها درهم، فإذا خراجها ثلاثة دراهم، فالعقد فاسد. ذكر المسألة [مطلقًا من غير فصل بين ما إذا علم المشتري أن خراجها ثلاثة دراهم أو لم يعلم، ويجب أن تكون المسألة][2] على التفصيل الذي ذكرنا في مسألة فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

ولو اشترى أرضا على [أنه غير خراجية والأرض في الأصل خراجية][3] فالبيع فاسد، وهذا إذا كانت الأرض خراجية في الأصل، [فأما إذا لم تكن خراجية في الأصل][4] ووضع عليها الخراج ظلما، فالبيع يكون جائزًا، وإذا كانت الأرض خراجية في الأصل؛ فإنما يفسد العقد إذا علم المشتري أنها خراجية على ما ذكرنا.

سئل القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي - رحمه الله - عن أرض خراجها عشرة باعها مالكها مع [خراج خمسة عشر. زاد عليها من][5] خراج [أرض][6]

---

(١) في م: إن.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: أن خراجها والأرض غير خراجية.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في أ.

أخرى، قال: البيع فاسد، وكذا في جانب النقصان. هكذا أجاب، والجواب في جانب النقصان مؤول وتأويله ما ذكرنا.

فسئل: وإذا[١] لم يعلم مقدار أصل الخراج على هذه الأرض، واختلف البائع والمشتري في المقدار فادعى المشتري أقل وادعى البائع أكثر هل ينظر إلى خراج مثل هذه الأرض في تلك القرية؟ وإن أراد المشتري أن يحلف البائع ما يعلم أن أصل خراج هذه الأرض [في هذه القرية][٢] كذا، له ذلك؟ فقال: الخصم في الخراج نائب السلطان.

فسئل: ما قوله إن كانت الأرض[٣] خراجية إلا أنه لا يعلم كيف وضع [أصل][٤] الخراج، غير أنهم يوزعون الخراج على الشرب بذلك جرى العرف بينهم في القديم[٥]، ثم باع رجل أرضا بغير خراج، أو بخراج قليل هل يجوز؟

قال: عندي[٦] مخالف لحكم الشرع.

وإذا باع أرضًا وقال: إن خراجها كذا ثم ظهرت الزيادة، فالبيع جائز.

وهل يكون [له][٧] الرد إذا ظهرت الزيادة؟ إن كانت الزيادة شيئًا يُعدها الناس عيبًا، فله الرد.

وإذا اشترى أرضًا أو دارا على أنها حرة عن النوائب، فإذا طولب[٨] المشتري بالنوائب، فله أن يردها [على بائعها[٩] إن كان حيًّا، وعلى ورثته إن كان ميتًا.

---

(١) في م: وإن.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: البلده.
(٤) سقط في م.
(٥) غير واضحة في أ.
(٦) في م: عند.
(٧) سقط في م.
(٨) في أ: يطالب.
(٩) في أ: البائع.

وكذلك إذا اشتراها على أن قانونها نصف دانق فإذا هو أكثر، فله أن][١] يردها، ثم [إن][٢] هذا البيع جائز.

بخلاف ما إذا اشترى الأرض على أنه لا خراج عليها، أو على أن خراجها [دراهم][٣] فإذا هو[٤] أكثر[٥] فالعقد فاسد، لأن الخراج حق وهو دين كسائر الديون، وقد شرط المشتري على البائع قضاء دين المشتري. فأما المؤنات والجبايات[٦]، فالمشتري [شرط][٧] في العقد ألا يحتمل الظلم، وهذا ثابت بدون الشرط.

وإذا باع أرضًا على أنها منظور عن القانون، أو على أنها مشفوع [عن][٨] الخراج أو على أن [لا][٩] يؤخذ منه الجباية، فالعقد فاسد. كما إذا [باع على أنه لا يغصبه غاصب.

وإذا][١٠] باع حانوتًا على أن غلتها عشرون [درهما][١١] فإذا هي خمسة عشر. فإن أراد بذلك أنها كانت تغل فيما مضى كذا، فهذا شرط لا ينتفع به [أحد][١٢] فلا يفسد [به العقد][١٣].

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: هي.
(٥) زاد في أ: بعقد.
(٦) في م: والحيات.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في م.
(١١) سقط في م.
(١٢) سقط في م.
(١٣) في م: بالعقد.

وإن أراد بذلك أنها تغل في المستقبل وجعل ذلك شرطًا في العقد، فالبيع[١] فاسد [وهو مجهول على المستقبل][٢]؛ لأن هذا شرط [شيء][٣] هو منتفع وفي وجوده غرر.

وإن أطلق ولم يفسر ولم يرد به شيئًا فالعقد فاسد، وهو محمول على المستقبل؛ لأن مراد الناس في عرفهم وعاداتهم المستقبل فيحمل عليه.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا اشترى من آخر سكنى له في حانوت رجل مركبًا بمال، وقد أخبره بائع السكنى أن أجرة هذا الحانوت سنة. فإذا ظهرت أجرته عشرة، ليس له أن يرده على البائع وإن لم يسلم له شرطه[٤]؛ لأنه إنما[٥] لم يسلم له شرطه[٦] في غير المشترى.

قال: وللمالك أن يكلف المشتري رفع السكنى وإن كان على المشتري ضرر؛ لأنه شغل ملكه.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا اشترى من آخر طعامًا بطعام أو بغيره مما يكال أو يوزن واشترط عليه أن يوفيه إياه [في منزله][٧]، أو شرط عليه أن يحمله إلى منزله، فهذا على وجهين:

إما إن اشتراه في المصر أو خارج المصر، وقد اشتراه بمثله من جنسه أو بخلاف جنسه.

ففيما إذا اشترط عليه الحمل إلى منزله فإن البيع يفسد، اشتراه في المصر أو خارج المصر، اشتراه بجنسه أو بخلاف جنسه، لأنه شرط في البيع ما لا يقتضيه

---

(١) في م: فالعقد.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: بشرطه.
(٥) في م: إذا.
(٦) في م: بشرطه.
(٧) في م: بمنزله.

البيع، لأن حمل البائع المبيع إلى منزل المشتري [ليس بواجب][(١)] وإنما يجب عليه التسليم في مكان العقد إذا كان المبيع فيه، فهو بمعنى قولنا: إنه شرط ما لا يقتضيه العقد وللمشتري فيه منفعة، ومثل هذا الشرط[(٢)] يوجب فساد البيع.

وإن شرط الإيفاء في منزله، إن اشتراه خارج المصر ومنزله في المصر، فالعقد فاسد سواء اشتراه بجنسه أو بخلاف جنسه.

لأنه شرط في البيع ما لا يقتضيه البيع، لأن البيع يقتضي التسليم في مكان البيع إن كان المبيع فيه، ومتى كان العقد خارج المصر لا يكون منزله في المصر مكان العقد في حق الإيفاء لا حقيقة وهذا ظاهر، ولا حكما.

لأن خارج المصر مع المصر [لم يجعل كمكان واحد في حق الإيفاء شرعًا؛ ألا ترى أن في باب السلم لو شرط الإيفاء في المصر][(٣)] وأراد المسلم إليه أن يسلم خارج المصر، ليس له ذلك، ولا يجبر رب السلم على القبول[(٤)].

---

(١) سقط في أ، م.
(٢) زاد في م: لا.
(٣) سقط في أ.
(٤) اختلف الفقهاء في مدى اشتراط تعيين مكان الوفاء بالمسلم فيه لصحة عقد السلم، ولهم في ذلك عدة أقوال هي:
القول الأول: للحنفية، حيث يرون أنه لا يشترط بيان مكان الوفاء بالمسلم فيه إذا لم يكن له حمل ومؤنة، فإذا كان له حمل ومؤنة، فقد اختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في اشتراط تعيين مكان الإيفاء، فقال أبو حنيفة: يشترط بيان مكان إيفاء المسلم فيه؛ لأن التسليم غير واجب في الحال، وإنما يجب إذا حل الأجل، ولا يدري أين يكون عند حلوله، فيحتاج إلى بيان موضع الإيفاء قطعًا للمنازعة، ولأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن، بخلاف البيع؛ لأنه يوجب التسليم في الحال، ولا منازعة فيما لا حمل له.
وقال أبو يوسف، ومحمد: لا يشترط بيان مكان التسليم، ويسلمه في موضع العقد؛ لأن مكانه موضع الالتزام، فيتعين لإيفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض، والاستهلاك.
القول الثاني: ويسلمه إليه حيث لقيه عند أبي حنيفة، وعند الصاحبين يسلمه في مكان العقد. كان أبو حنيفة يقول أولًا: إن تعيين مكان الإيفاء ليس بشرط، ولكن إن بينا مكانًا تعين ذلك المكان للإيفاء وإن لم يبينا تعين موضع العقد للإيفاء، وهو قول أبي يوسف، ومحمد.

=

....

= أما المالكية فمذهبهم أنه لا يشترط تعيين مكان الإيفاء، ولكن الأفضل أن يذكراه ويعيناه؛ لزوال التخاصم بين المتبايعين، ولأن إطلاق العقد يقتضي التسليم ببلد العقد، كما يقتضي إطلاق البيع ذلك، فإن لم يذكراه لزم المسلم إليه دفعه في بلد عقد السلم، ولزم المسلم قبضه هناك. قال ابن جزي: «الأحسن اشتراط مكان الدفع فإن لم يعينا في العقد مكانًا فمكان العقد، وإن عيناه تعين».

القول الثالث: للشافعية، وأرجح الأقوال عندهم أنه يشترط لصحة السلم بيان مكان المسلم فيه، إذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم كالصحراء، أو كان لحمله مؤنة، فإن كان مكان العقد صالحًا للتسليم، أو لم يكن لحمل المسلم فيه مؤنة، فلا يشترط ذلك، ويتعين مكان العقد للتسليم بدلالة العرف، هذا إذا كان المسلم فيه مؤجلاً، فإن كان حالاً فلا يشترط فيه تعيين مكان الوفاء، ويتعين موضع العقد للتسليم. وقد استدل الشافعية على وجوب تعيين مكان المسلم فيه المؤجل إذا كان المكان لا يصلح للتسليم بأن الأغراض تختلف والأمكنة تتفاوت، فوجب البيان كما هو الأمر في الأوصاف، كما استدلوا على وجوب التعيين إذا كان لحمله مؤنة بأن الثمن يختلف باختلاف المكان الذي سيسلم فيه، كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها.

القول الرابع: للحنابلة، ومذهبهم أنه لا يشترط ذكر مكان الإيفاء؛ لأن النبي ﷺ لم يذكره، فدل على أنه لا يُشترط، ولأنه عقد معاوضة، فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء كبيوع الأعيان، اللهم إلا أن يكون موضع العقد غير صالح للوفاء فيه كصحراء وبحر وجبل ونحو ذلك، فيجب بيانه لتعذر الإيفاء في موضع العقد، فيكون محل التسليم مجهولًا، فاشتُرط تعيينه بالقول كالأجل.

القول الخامس: للظاهرية، ويرون أنه لا يجوز أن يشترطا في السلم دَفعه في مكان بعينه، فإن فعلا فالصفقة كلها فاسدة، وعلى المسلم إليه أن يسلم المسلم فيه حيث لقيه عند محل الأجل في أي مكان من أرض الله، وحجتهم في هذا أن اشتراط مكان معين للوفاء شرط باطل؛ لأنه لم يرد في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله ﷺ.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢١٣)، الهداية (٣/ ٨١- ٨٢)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٥١- ٥٢)، المبسوط (١٢/ ١٢٧)، فتح القدير (٧/ ٩١)، العناية (٧/ ٩٥، ٩٦)، كنز الدقائق، لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، تحقيق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، ط (١)، ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م (٤/ ١١٦)، الجوهرة النيرة (١/ ٢١٩)، المنتقى (٤/ ٢٩٨-٢٩٩)، الذخيرة (٥/ ٢٦٣)، مواهب الجليل (٤/ ٥٤٥)، جواهر الإكليل (٢/ ٦٦)، بداية المجتهد (٢/ ٣٣٣)، تهذيب الفروق والقواعد السنية بهامش أنوار البروق (٣/ ٢٩٨)، القوانين الفقهية، ص (٢٣٢)، المعونة، للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٩٨٤)، وما بعدها، المهذب (١/ ٣٠٧)، الإقناع (٢/ ٩٢، ٩٣)، إعانة الطالبين (٣/ ١٩)، حاشية الشرقاوي (٢/ ٢٥، ٢٦)، الحاوي (٧/ ٣١) وما بعدها، المغني (٦/ ٤١٤)، الإنصاف (٥/ ١٠٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٢٩)، منار السبيل (٢/ ٥٥٨)، المحلى (٨/ ٤٧).

وأما إذا اشتراه في المصر وشرط الإيفاء في منزله [ومنزله][(١)] في المصر.

إن اشتراه بجنسه. بأن يشتري حنطة بحنطة. فإن العقد فاسد. لقوله: عليه السلام: «الحنطة بالحنطة مثل بمثل والفضل ربا»[(٢)].

فقد جعل الفضل على المماثلة من حيث الكيل ربا بلا تفصيل بين فضل وفضل فهو على الكل[(٣)]، وقد شرط المشتري فضلا لنفسه وهو الإيفاء في منزله.

فأما إذا اشتراه في المصر بخلاف جنسه وشرط الإيفاء في منزله، ومنزله في المصر.

القياس: أن يكون البيع فاسدًا، وبالقياس أخذ محمد - رحمه الله -.

وفي الاستحسان: البيع جائز. وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما.

وجه القياس في ذلك: أنه شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، فيفسد العقد، كما لو اشتراه خارج المصر، أو اشتراه في المصر بجنسه وشرط الحمل إلى منزله.

بيانه: وهو أن العقد يقتضي تسليم المبيع [في مكان البيع][(٤)] إذا كان المبيع فيه، ومنزل المشتري ليس بمكان العقد حقيقة، هذا ظاهر، وكذلك حكمًا، لأن خارج المنزل مع المنزل لم يجعل في حكم مكان واحد في حق الإيفاء شرعًا.

ألا ترى أن في باب السلم لو شرط الإيفاء في منزل رب السلم فأراد المسلم إليه[(٥)] أن يسلم خارج المنزل ليس له ذلك. فكان اشتراطًا في غير مكان العقد. والعقد لا يقتضي ذلك.

---

(١) سقط في م.

(٢) أخرجه مسلم (٨٣/ ١٥٨٨)، والنسائي (٧/ ٢٧٣) من طريق أبي زرعة، عن أبي هريرة عن النَّبِيِّ ﷺ قالَ: «التَّمْرُ بِالتَّمْرِ، والْحِنْطَةُ بالْحِنْطَةِ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ، والْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بمِثْلٍ يَدًا بيَدٍ، فمَنْ زَادَ أو اسْتَزَادَ فقَدْ أَرْبَى، إلا مَا اختَلَفَتْ أَلوَانُهُ».

(٣) في أ: الكيل.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: فيه.

وجه الاستحسان: وهو أنه شرط في البيع ما يقتضيه البيع.

لأنه شرط الإيفاء في مكان البيع، والمصر مع اختلاف أماكنه[(١)] جعل أماكنه كمكان واحد في حق الإيفاء، أصله مسألة السلم.

فإن في باب السلم، إذا شرط الإيفاء في المصر [جاز][(٢)] وإن لم يبين محله من المصر، وهذا يبين لك أن المصر كله جعل كمكان واحد في حق الإيفاء.

وإذا صار هكذا صار منزله بمنزلة مكان العقد حكما في حق الإيفاء، واشتراط الإيفاء في مكان العقد مما يقتضيه العقد.

وإما إذا شرط الحمل إلى منزله، فهناك شرط ما لا يقتضيه العقد، لأن العقد لا يوجب الحمل إلى منزل المشتري.

فأما إذا اشترى خارج المصر.

قلنا: هناك شرط ما لا يقتضيه العقد، لأنه شرط الإيفاء في غير مكان العقد على ما مر.

وأما إذا اشتراه بجنسه.

قلنا: هناك شرط ما لا يقتضيه العقد، فإن[(٣)] منزله ليس مكان العقد في حق الإيفاء [متى][(٤)] حصل الشراء بجنسه، وهذا لأن منزله [بمنزلة][(٥)] مكان العقد في حق الإيفاء بالحقيقة متى حصل الشراء بالجنس، ونفينا الربا وألزمناه العمل بحكم الحقيقة متى حصل الشراء بخلاف الجنس؛ لأن اختلاف الجنس إبقاء الربا من اتفاق الجنس؛ فحينئذ يتعطل العمل بالشبهين فعملنا على الوجه الذي قلنا؛ لتمكين[(٦)]

---

(١) في أ: أماكنها.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: لأن.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ، م.
(٦) في م: تمكنا.

العمل بالشبهين.

وفي الزيادات: إذا اشترى وقر حطب في المصر فعلى البائع أن يأتي به إلى منزل المشتري [عرفا][(١)]، ولو هلك في الطريق يهلك من مال البائع.

وإنما يجب على البائع ذلك؛ لأن [إيفاءه][(٢)] إلى منزل المشتري مشروط[(٣)] عرفًا. ولكن يجعل المشتري شارطًا للإيفاء في منزله لا شارطًا للحمل؛ لأن شرط [الحمل][(٤)] يفسد العقد، وشرط الإيفاء بالعربية لا يفسد العقد، عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

في فتاوى أبي الليث: أن التفاوت في لفظة الحمل في الإيفاء بالعربية، وأما بالفارسية فلا تفاوت فيه[(٥)]، وكل موضع جاز شرط الإيفاء بالعربية يجوز [شرطها][(٦)] بالفارسية.

ولو اشترى حطبا في قرية شراء صحيحًا، وقال موصولا بالشراء من غير شرط في الشراء: احمله إلى منزلي، لا يفسد العقد؛ لأن هذا ليس بشرط في البيع، بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع؛ فلا يوجب فساد البيع.

وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر - رحمه الله -: إذا اشترى حطبًا على ظهر الدابة، وشرط على البائع تسليمه عند بيت المشتري، فالبيع جائز، فإن اشترى على الأرض وشرط حمله إلى منزله، لا يجوز.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا اشترى خفًّا به خرق على أن يخرزه البائع، جاز؛ لأنه عمل الناس.

---

(١) سقط في أ، م.
(٢) في م: الإتيان به.
(٣) في م: مشروطًا.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: ففي.
(٦) سقط في أ.

وعن محمد بن سلمة - رحمه الله -: في الأشياء التي تباع على ظهر الدابة كالحطب والفحم، أن البائع يجبر على حملها إلى منزل المشتري.

وإن كان صبره فاشتراها ليحملها البائع إلى منزله، فالبيع فاسد.

وكذا إذا اشترى من خلقاني ثوبا وبه خرق على أن يخيطه [البائع](١) ويجعل عليه الرقعة، [جاز](٢) لما ذكرنا.

وإذا اشترى من كرباسي [كرباسا](٣) على أن يقطعه البائع قميصا ويخيطه، لا يجوز؛ لأنه لا تعامل(٤) في هذا.

وإذا اشترى دارا واشترط مع الدار الفناء، وفي الواقعات: أن البيع فاسد؛ لأن الفناء لا يصير مملوكًا للمشتري، وكان هذا شرطًا فاسدًا في بيع الدار.

وفي بيوع المنتفي: إذا باع الرجل دارًا وكتب: بحقوقها وفنائها، قال أبو حنيفة - رحمه الله -: العقد فاسد.

قال ابن سماعة: قال محمد - رحمه الله -: وأظنه هو قول أبي يوسف - رحمه الله - أن البيع جائز.

قال: وليس هذا عندنا على معنى التمليك منه للفناء، وقد علم الناس أن الفناء لا يبيعه الرجل في(٥) داره. والله أعلم.

❋ ❋ ❋

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: يعمل.
(٥) في م: من.

نوع آخر: في شرط الأجل:

إذا شرط الأجل في بيع العين، فسد البيع، وإن شرط الأجل في الثمن، والثمن دين، فإن[(١)] كان الأجل معلومًا، فالبيع جائز، وإن كان الأجل[(٢)] مجهولًا فالبيع فاسد والأجل المجهول: أن يبيع إلى الحصاد والدياس أو إلى قدوم الحاج وأشباه ذلك، وهذا إذا شرط هذه الآجال في البيع.

أما إذا باشر البيع مطلقًا، ثم إن البائع أجل المشتري في الثمن إلى هذه الآجال، صح التأجيل.

رواه ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - نصًّا[(٣)]؛ وهذا لأن الأجل إذا لم يكن مشروطًا في البيع لا يكون من نفس المبيع، وكان تأثير الأجل في تأخير المطالبة إلى هذه الآجال، وتأخير المطالبة إلى هذه الآجال صحيح كما في الكفالة.

وإذا قال: بعتك بألف درهم إلى شهر، فالبيع جائز.

ولو قال: إلى شهر بألف درهم، ذكر في النوادر: أنه لا يجوز؛ لأنه تأجيل في البيع[(٤)] لا في الثمن.

وحكي عن شمس الأئمة الحلواني أنه يجوز؛ لأن قصد المتعاقدين تأجيل الثمن، وإن قال في رجب: أجلتك إلى رجب، فهو على رجب[(٥)] القابل، ولو قال: إلى انسلاخه، [فإلى انسلاخ][(٦)] [رجب هذا][(٧)].

ولو[(٨)] باع إلى النيروز والمهرجان [ذكره][(٩)] في الجامع الصغير وأجاب بالفساد

---

(١) في أ: فإذا.
(٢) في م: عن العبد.
(٣) في أ: أيضا.
(٤) في م: المبيع.
(٥) في أ: الرجب.
(٦) في أ: فهو.
(٧) في أ: هذا الرجب.
(٨) في م: وإذا.
(٩) سقط في م.

مطلقًا.

وذكر المسألة في الأصل وقال: إن كان لا يعرف بأن كان يتقدم أو يتأخر لا يجوز. كما في الحصاد والدياس: وإن كان معروفًا بالأيام بحيث لا يتقدم ولا يتأخر يجوز.

وقد ذكر الكرخي في كتابه قريبًا مما ذكر في الأصل. فإنه قيد الجواب بالفساد بما إذا كان المتعاقدان لا يعرفان وقته أو جهله أحدهما.

والصحيح من الجواب في هذه المسألة: أنهما إذا لم يبينا نيروز المجوسي أو نيروز السلطان، فالعقد فاسد. وإذا بين أحدهما وكان يعرفان وقته، لا يفسد العقد. وإذا باع من آخر شيئا بألف درهم وهما ببخارى على أن يوفيه الثمن بسمرقند مثلا، لا يجوز العقد.

ولو باعه[(١)] بألف درهم إلى شهر على أن يوفيه الثمن بسمرقند، يجوز سواء كان الثمن شيئًا له حمل ومؤنة. أو كان شيئًا لا حمل له ولا مؤنة.

ولو استقرض من آخر ألف درهم ببخارى على أن يوفيه مثلها بسمرقند، أو استقرض [ببخارى ألف درهم إلى شهر على أن يوفيه مثلها، لا يجوز، فقد][(٢)] فرق بين القرض وبين البيع فيما إذا شرط مع[(٣)] بيان مكان الإيفاء أجلاً معلومًا.

والفرق: أن الأجل في القرض لا صحة له، معلومًا كان الأجل أو مجهولًا. فصار ذكر الأجل وعدمه بمنزلة.

ولو لم يذكر الأجل في القرض وشرط أن يوفيه بسمرقند: لا يجوز لأنه قرض جر منفعة.

وفي باب البيع: الأجل المعلوم صحيح، وبيان مكان الإيفاء مع الأجل لا يفسد

---

(١) في م: باع.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: بين.

العقد. لأنه إذا ذكر أجلاً معلومًا مع بيان مكان الإيفاء، لا يكون شرطًا للإيفاء في ذلك المكان على وجه التأجيل، وإنما يكون لتخصيص القبض بذلك المكان فلا يفسد العقد.

وإذا لم يذكر مع بيان مكان الإيفاء أجلاً معلومًا كأن ذكر[(١)] مكان الإيفاء على وجه التأجيل، وإنه يفسد العقد؛ لأنه أجهل مجهول، لأنه لا يدري في أي قدر من المدة يأتي سمرقند، فيكون أجلاً مجهولًا.

ثم إذا صح العقد مع الأجل المعلوم وحل الأجل. فإن كان الثمن شيئًا له حمل ومؤنة. لا يطالبه إلا في مكان الإيفاء باتفاق الروايات.

وإن كان الثمن شيئًا ليس له حمل ومؤنة: فعلى ما أشار إليه في بيوع الأصل، وهو رواية الطحاوي عن أصحابنا: لا يطالبه إلا في مكان الإيفاء، وعلى رواية كتاب الإجارات [وكتاب الصرف: يطالبه في أي مكان ما ويلغو شرط الإيفاء في ذلك المكان.

لأنه إنما يراعى من الشروط ما يفيد لا ما لا يفيد، ولا يفيد تعيين مكان الإيفاء إذا لم يكن له حمل ومؤنة.

فإن قيل: على رواية كتاب الإجارات][(٢)] وكتاب الصرف: [إذا شرط الإيفاء ولم][(٣)] يكن للثمن حمل ومؤنة، ينبغي أن يصح البيع، إذا لم يشترط مع بيان مكان الإيفاء أجلاً معلومًا.

قلنا: يجب بهذا الشرط شيئان: تأخير المطالبة إلى أن يأتي سمرقند، وتعيين سمرقند مكانا للإيفاء. [والثاني لا يفيد فيما ليس له حمل ومؤنة فيلغو هذا الشرط في تعيين سمرقند مكانا للإيفاء؛ لأنه][(٤)] لا يفيد إذا لم يكن له حمل ومؤنة.

---

(١) في م: ذكره.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: وإذا تعاقدا الشرط ولم، وفي م: إذا تعاهدا شرط إذا لم.
(٤) سقط في م.

فأما في تأخير(١) المطالبة إلى أن يأتي سمرقند [مفيد](٢). فإن من عليه ينتفع به فيعتبر هذا الشرط في حق تأخير المطالبة إن لم يعتبر في حق تعيين مكان الإيفاء.

وفي القدوري: إذا لم يذكر في الثمن أجلاً فسد العقد في قول محمد - رحمه الله - وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى: أن القياس: أن يجوز العقد؛ لأن هذا الكلام عادة يذكر لتخصيص القبض بمكان، لا للتأجيل، ولو ذكرهما، فإذا أمكن الحمل على وجه الصحة. لا يحمل على وجه الفساد. لكنه استحسن فيما له حمل ومؤنة أن يفسد العقد؛ لأن تسليمه(٣) الثمن لا يجب في غير ذلك المكان فيصير في معنى التأجيل.

فأما فيما ليس له حمل ومؤنة، لا يفسد العقد؛ لأن(٤) ما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه حيث شاء، فلا يصير شرط التسليم في مكان معين في معنى التأجيل، بل يلغو ذكر الشرط ويصير كأنه أطلق العقد(٥).

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن اشتراط إيفاء الدراهم في عقد البيع، في بلد آخر لا حكم له. كان له حمل ومؤنة أو لم يكن، وله أن يأخذه بها إذا حل أجلها حيث لقيه، وإن كره ذلك الطالب.

وإن لم يكن للمال أجل فهو سواء في القياس، غير أني أستحسن أن أفسد العقد، إذا كان له حمل ومؤنة للشرط الذي من الحمل والمؤنة.

وفي مجموع النوازل: رجل باع من آخر ثوبًا بعينه ببغداد على أن يوفي(٦)

(١) في أ: من تتأخر.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: تسليم.
(٤) في م: لا.
(٥) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٣٧).
(٦) في م: يوفيه.

المشتري الثمن [أخًا للبائع][(١)] بسمرقند، فالبيع فاسد.

لأنه يوهم اشتراط الثمن لغير البائع وهو [الأخ[(٢)]، واشتراط الثمن لغير البائع][(٣)] أو على غير المشتري يوجب فساد البيع.

فإن صورنا المسألة فيما إذا كان الثمن للبائع والأخ وكيله بالقبض، فالبيع فاسد أيضًا؛ لأن فيه أجلاً مجهولًا على نحو ما بينا.

وفيه أيضًا: رجل باع عبدًا بألف درهم على أن ينقده[(٤)] خمسمائة عند مضي شهر، فقال البائع: أنا أطلب منك جميع الثمن. فقال: البيع فاسد. لجهالة الأجل، لأنه لا يدري ماذا يمكنه تسليمه عند كل أسبوع وفيه نظر، لأن هذا بمنزلة ما لو باع على أن نصف الثمن مؤجل إلى شهر، فهذا كذلك.

وفي المنتقى: إذا باع عبدًا على أن يؤدي ثمنه إلى يوم القيامة فقال المشتري: أؤدي الثمن في الحال، جاز البيع. والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) في م: إذا كان البائع.
(٢) في م: الآخر.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: يقبضه.

نوع آخر: في البيع يقع على شيء فيصادفه على خلاف جنسه:

إذا باع من آخر شخصًا على أنها جارية وأشار إليه، فإذا هو غلام فلا بيع بينهما، وهذا استحسان أخذ به علماؤنا، والقياس أن ينعقد البيع ويكون للمشتري الخيار.

والأصل في هذه المسألة وما يجانسها: أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا(١) في العقد فوجد المشار إليه على [خلاف](٢) ذلك.

إن كان الخلاف من حيث الجنس فالبيع باطل، حتى إن من باع من آخر فصًّا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج كان البيع باطلاً.

لأن المشار إليه من خلاف جنس المسمى، لأن الزجاج من خلاف جنس الياقوت، وإنما كان البيع باطلاً في هذه الصورة: لأن المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المُسمى، فالعقد يتعلق بالمسمى وتلغو الإشارة، فإذا كان المُسمى معدومًا كان المبيع(٣) معدومًا، والبيع على المعدوم باطل.

وإنما كانت العبرة للتسمية في هذه الصورة: لأنه لا يمكن العمل بالإشارة والتسمية معًا في هذه الصورة.

لأن الإشارة توجب تعلق العقد بالمشار إليه وهو الزجاج، والتسمية [توجب](٤) تعلق العقد بالمسمى وهو الياقوت، والعقد الواحد لا يجوز أن يتعلق بالياقوت والزجاج بكل واحد منهما على الانفراد في وقت واحد، فلابد من العمل بإحداهما(٥) وإلغاء الأخرى.

فنقول: العمل بالتسمية(٦)، وإلغاء الإشارة أولى من العمل على العكس.

---

(١) في م: اجتمعا.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: المُشترى.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: أحدهما.
(٦) زاد في أ: كما يقطع الشركة.

ولأن الإشارة مع التسمية إذا استويا، من حيث إن التسمية كما تقطع الشركة بين المسمى وبين غيره من خلاف جنسه، والإشارة تقطع الشركة بين المشار إليه وبين غيره من خلاف جنسه.

ومن حيث إن التسمية إذا كانت تعرف الماهية[(١)] فالإشارة لا تعرفها، والإشارة تقطع[(٢)] الشركة بين المشار إليه وبين غيره من جنسه.

والتسمية لا تقطع الشركة بين المسمى وبين غيره من جنسه [فاستويا من هذا الوجه، إلا أن ما في التسمية من تعريف الماهية [ما في الإشارة من التعريف][(٣)] يقطع الشركة بين المشار إليه وبين غيره من جنسه؛ لأن الماهية مقصودة لعينها، وقطع الشركة بين المشار إليه وبين غيره من جنسه][(٤)] مقصود [لغيره][(٥)] لإمكان التسليم، لا لعينه، فلا شك أن المقصود لعينه فوق المقصود لغيره، وترجحت التسمية على الإشارة في هذا الوجه، فوجب العمل بها دون الإشارة عند تعذر العمل، والتقريب ما ذكرنا.

وإن [كان][(٦)] المشار إليه من جنس المسمى إلا أنه يخالفه في الصفة[(٧)]، فالعقد جائز وللمشتري الخيار إذا رآه، كما إذا اشترى فصًا على أنه ياقوت أحمر فإذا هو ياقوت أصفر، فالبيع جائز وللمشتري الخيار إذا رآه.

لأن المشار إليه [إذا كان من جنس المسمى فالعبرة للإشارة؛ لأن المسمى وجد في المشار إليه][(٨)] وما هو المقصود من التسمية وهو تعريف الماهية قد حصل.

---

(١) في م: المالية.
(٢) زاد في أ: فقطع.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ، م.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: وصفه.
(٨) سقط في أ.

لأن المشار إليه ياقوت كالمسمى: فصار حق التسمية مقتضيًا.

بقيت الإشارة للتعيين، لأن المسمى شائع في الجنس، فالإشارة [تعينه، وكان في الإشارة][١] زيادة تعريف في هذه الصورة، فكانت العبرة للإشارة حال اتفاق الجنس، وتلغو التسمية فكأنه أشار في البيع ولم يسم.

وهناك ينعقد البيع على [المشار إليه][٢] فهاهنا كذلك، إلا أنه أثبت للمشتري الخيار، لأنه شرط له زيادة وصف في المشار إليه حيث قال: إنه أحمر، كأنك قلت من الابتداء: بعتك هذا على أنه أحمر، فإذا وجده أصفر فقد فات الوصف المذكور في المشار إليه؛ فلهذا كان له الخيار.

وصار كما لو قال: بعت منك على أنه كاتب أو خباز، ولم يسم العبد فوجده غير كاتب أو غير خباز، وهناك يجوز العقد ويكون للمشتري الخيار.

إذا ثبت هذا جئنا إلى بيان مسألتنا وأنها على القياس والاستحسان[٣].

وجه الاستحسان: أن الذكر مع الأنثى من بني آدم جنسان مختلفان لأن اختلاف المجانسة بين الشيئين باختلاف الصورة، والمقصود والصورة في بني آدم مختلفة وهذا ظاهر، وكذلك المقصود مختلف[٤]، فإن ما ينبغي من الذكر [من][٥] الزراعة والجهاد لا ينبغي من الأنثى، وما ينبغي من الأنثى من الغزل والطبخ والاستفراش لا ينبغي من الذكر.

وصار كالهروي مع المروي[٦]، والزندنجي[٧] مع الوذاري، باعتبار جنسين مختلفين لاختلاف الصورة والمقصود، كذا هنا.

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: المشتري.
(٣) زاد في م: وبيان.
(٤) زاد في م: فيه.
(٥) سقط في م.
(٦) في أ: الهروي.
(٧) في م: كالزند.

وإذا ثبت أن الذكر مع الأنثى من بني آدم جنسان مختلفان يتعلق العقد بالمسمى، والمسمى معدوم، فكان البيع باطلاً.

ولو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا [هي ضأن](١) فالبيع جائز؛ لأن الذكر مع الأنثى في البهائم جنس واحد؛ لأن الصورة وإن كانت مختلفة فالمعنى واحد، لأن [ما](٢) ينبغي من الذكر من العمل والأكل، ينبغي من الأنثى، وفي منفعة الولاد يشتركان والمقصود راجح على الصورة، فيرجح ما يوجب اتحاد الجنس فجعلنا الجنس واحدًا.

وقد ذكرنا أن في الجنس الواحد العبرة للإشارة كأنه إشارة ولم يسم، وهناك ينعقد العقد كذا هاهنا.

ثم ما ذكرنا أن المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المسمى فالعقد يتعلق بالمسمى، فذلك: إذا لم يعلم المشتري والبائع أن المشار إليه من خلاف جنس المسمى، فأما إذا علما بذلك فالعقد يتعلق بالمشار إليه، ألا ترى أن من قال لغيره: بعتك هذا الحمار وأشار إلى عبد قائم بينهما ينعقد العقد على العبد.

وكذلك إذا قال لغيره: اشتر لي بهذه الألف درهم جارية وأشار إلى الدنانير تتعلق الوكالة بالدنانير.

وفي الزيادات: [ذكر](٣) مسألة الوكالة وشرط التعلق بالمشار إليه، علم الوكيل والموكل بالمشار إليه وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بحال المشار إليه، والله تعالى أعلم.

* * *

---

(١) في م: هو ذكر.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.

ومما يتصل بهذا النوع:

ذكر القدوري - رحمه الله -: إذا باع دارًا على أن بناءها آجر فإذا هو لبن [فإذًا هو][(١)] باطل؛ لأن الأغراض والمقاصد تتفاوت تفاوتًا فاحشًا فيلتحق بالجنس المختلف، فتعلق العقد [بالمسمى][(٢)] والمسمى معدوم.

ولو باع دارًا على أن فيها بناء فإذا[(٣)] لا بناء فيها، فالبيع جائز، والمشتري بالخيار إن شاء أخذها[(٤)] بجميع الثمن [وإن شاء ترك][(٥)].

وفي المسألة نوع إشكال، فإن انعدام الوصف أقوى من اختلاف الوصف، ثم اختلاف الوصف في المسألة الأولى منع انعقاد البيع، وعدم الوصف في المسألة الثانية لم يمنع.

والوجه في ذلك: وهو أن في المسألة الأولى بين الموجود والمذكور تفاوت فاحش في الأغراض، وباعتبار فحش التفاوت التحقا بالجنسين المختلفين، فلا يدخل الموجود تحت المذكور، فلو أوجبنا العقد في الموجود فقد أوجبناه في غير ما تناوله الذكر؛ فإنه لا يجوز.

فأما اسم الدار يتناول العرصة بانفرادها - أيضًا -. فإذا انعدم البناء، لو أوجبنا العقد في العرصة فقد أوجبناه فيما تناول الذكر؛ فلهذا افترقا.

فهذا غاية ما قيل في الفرق بين المسألتين، ولم يتضح لنا وجهه.

وذكر الخصاف - رحمه الله -: إذا اشترى دارًا على أنها مبنية بالجص أو مسقفة بالساج فكان بخلافه، أو كان معدومًا، فالبيع جائز.

فكذا النخل[(٦)] على أنه دقل، بخلاف الزرع على أنه حنطة فإذا هو شعير.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: فإذن.
(٤) في م: يأخذها.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: التحمل.

ولو باع جبة على أن ظهارتها كذا [وبطانتها كذا][١]، وحشوها كذا، فوجد الظهارة على ما شرط، والبطانة والحشو على خلافه، فالبيع جائز ويتخير المشتري، فإن كانت الظهارة من غير ما شرط فالبيع باطل.

وهذا لأن الجبة تُنسب إلى ظهارتها وتُعرف بها فهي[٢] الأصل، والبطانة والحشو تبع.

فإذا وجد الظهارة على خلاف ما سمى جنسًا كان المسمى معدومًا يقع العقد باطلاً، وإذا كانت الظهارة على وفاق المسمى جنسًا لم يكن المسمى معدومًا فجاز أن ينعقد [العقد][٣].

وروي: أن الظهارة إذا كانت أقل قيمة، مثل أن تكون البطانة وبرًا وسمورًا، والظهارة من كرباس وما أشبهه، فإن العقد لا يبطل.

وإذا باع قباء على أن بطانته هروي فإذا هي[٤] مروي فالبيع جائز ويتخير المشتري، لأن البطانة تبع، والاختلاف يوجب الخيار ولا يمنع الانعقاد.

وكذلك إذا قال: على أن حشوه قز، فإذا هو قطن.

ولو باع ثوبًا على أنه مصبوغ بزعفران، فالبيع باطل؛ لأن الأغراض تتفاوت بتفاوت[٥] اللون تفاوتًا فاحشًا، فالتحقا بالجنس المختلف.

وذكر القدوري - رحمه الله - المسألة على هذا الوجه، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد، وأشار محمد - رحمه الله - إلى العلة فقال: لأنه باع ما في الثوب من الصبغ، كما باع الثوب وشرط أن ذلك الصبغ عصفر وتبين أنه غيره وهو شيء قائم في الثوب.

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: في.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ، م: هو.
(٥) في أ: بتهاون.

ولو قال لغيره: بعتك هذا الثوب القز أو الخز فكان مُختلطًا، فإن كان السداة مما شرط واللحمة من غيره فالبيع باطل، وإن كانت اللحمة مما شرط فالبيع جائز ويتخير المشتري في فصل القز.

وهذا(١) لأن الثوب إنما يصير ثوبا بتركيب اللحمة بالسداة، واللحمة أحدهما، فيضاف الثوب إلى اللحمة، فإذا كانت اللحمة على خلاف المشروط كان المسمى معدومًا فلا يصح العقد، وأما إذا كانت اللحمة من جنس المشروط وكان المسمى موجودًا ولكن اختلفت الصفة، انعقد العقد لوجود المسمى، ويثبت الخيار لفوات [الصفة](٢).

وفي الخز لا خيار للمشتري إذا كانت اللحمة خزًا والسداة من غيره، لأن الخز لا يوجد إلا بهذه الصفة.

قال بشر: سألت أبا يوسف - رحمه الله -: عن رجل اشترى من آخر ثوبًا على أنه كتان فإذا ثلثه قطن، فله أن يرده، وإن قطعه لم يرجع بشيء.

ولو كان أكثره قطنًا، فالبيع فاسد.

وإذا اشترى عبدًا على أنه فحل فإذا هو خصي، فللمشتري أن يرده.

وإذا اشتراه على أنه خصي فإذا هو فحل، روى الحسن بن [أبي](٣) مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمهم الله -: لا خيار [له](٤).

وكان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول: الخصى في العبد عيب فإذا شرطه فإنما يبرأ عن العيب.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: الخصي في ثمنه أفضل من الفحل لرغبة الناس ببيعهم؛ لأنهم لا يمتنعون عن دخولهم [منازلهم كما يمتنعون عن دخول الفحل،

---

(١) في م: وقال.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

قال: وهو][1] في القيمة زيادة[2].

ولو اشتراه على أنه فحل، فإذا هو خصي وقد مات عند المشتري أو حدث به عيب عنده وقد اشتراه بعشرة آلاف درهم وقيمته خصيًا ثلاثة آلاف درهم وقيمته فحلاً ألف درهم. قال محمد - رحمه الله -: في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما -: لا يلزمه شيء؛ لأن الخصي هاهنا أفضل قيمة من الفحل[3].

وقال محمد - رحمه الله -: إن شاء المشتري أعطاه قيمته خصيًّا ثلاثة آلاف درهم؛ وهذا لأن العبد لو كان قائمًا كان للمشتري أن يرده على البائع ويسترد منه الثمن فإذا كان هالكًا رد قيمته ليكون ردًا للعبد معنى، غير أنه يشترط رضا البائع [لأن البيع][4] ورد على صورة العبد بمعناه وتعذر[5] رد الصورة.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا اشترى سفينة على أنها من ساج، فإذا فيها غير الساج، قال: إن كان شيئًا لابد [من][6] أن يكون فلا خيار له، وهي[7] بجميع الثمن، يريد بهذا: أنه إذا استعمل فيها شيء من غير الساج لا يصلح ذلك الشيء إلا من غير الساج.

ولو كانت [كل][8] السفينة من غير الساج فلا بيع بينهما.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - أيضًا - في رجل قال لغيره: بكم هذا الغلام، وهو مشكل، فباعه فإذا هو جارية، أنه لا بيع بينهما.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - أيضًا - في رجل قال لغيره: [بكم هذا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: القيامة.
(٣) في أ: اللحم.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: وبعد.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: هو.
(٨) سقط في أ، م.

الثوب الهروي، والثوب مصنوع صنع الهروي، فقال: بكذا فباعه، قال: قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: جعل][١] مثل هذا الشرط أنه هروي، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -.

يريد بهذا: أنه لو تبين أنه مروي كان البيع باطلاً، قال أبو يوسف - رحمه الله -: ألا ترى أنه لو قال لغيره: بكم هذا الغلام، وهو مشكل، فباعه فإذا هو جارية، أنه لا بيع بينهما.

وعن شريح - رحمه الله -: لم يجعله شرطًا.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: رجل اشترى من آخر سمكة على أنها عشرة أرطال ووزنها على المشتري، فوجد في بطنها حجرًا وزنه ثلاثة أرطال أو نحو ذلك، والسمكة على حالها فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

وإن كان قد شواها قبل أن يعلم بذلك، فإني أقوم السمكة على أنها عشرة أرطال، وأقومها[٢] وهي سبعة أرطال [فيرجع بحصة ما بينهما من الثمن.

فقد اعتبر محمد - رحمه الله -: نقصان وزن في السمكة بالعيب، حتى قال: تقوم السمكة عشرة أرطال، وتقوم سبعة أرطال][٣]، وهذا هو ذات[٤] العيب، ولم يعتبر نقصان الوزن بنفسه، إذ لو اعتبر ذلك لقال: يرجع بثلاثة أعشار الثمن[٥].

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: في هذه الصورة المشتري لا يرجع بشيء.

وإن وجد في بطنها [طينًا][٦] أو ما أشبه ذلك، فإن كان ذلك مما يأكل السمك

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: وإذا قومها.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: دار.
(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٤١٢)، البحر الرائق (٥/ ٣١١).
(٦) سقط في م.

لزمه البيع ولا خيار [له][(١)].

وقال محمد - رحمه الله -: فيمن اشترى من آخر طستًا على أنه عشرة أمناء فقبضه فإذا هو خمسة أمناء، فهو بالخيار إن شاء أمسكه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

و[قال][(٢)]: هذا بمنزلة العيب.

وإن [حدث به][(٣)] عيب عند المشتري وأبى البائع قبوله لأجل العيب، فإنه ينظر إلى الطست، فإن كانت قيمته[(٤)] على عشرة أمناء عشرين، وعلى خمسة أمناء عشرة، والعيب نقصه عن قيمته خمسة أمناء درهمًا، فإنه يرجع على البائع بنصف الثمن لنقصان الوزن، ويرجع - أيضًا - بعشر الثمن لأجل العيب، وذلك لأن العيب قد نقصه درهمًا.

قال محمد - رحمه الله -: وإذا اشترى مسكًا فوجد فيها رصاصًا فهو بالخيار إن شاء رد الرصاص وحط عن الثمن بقدر وزن الرصاص، وإن شاء ترك.

وإذا اشترى سمنًا[(٥)] وزنًا فوجد فيها رايبًا، قال محمد - رحمه الله -: إن كان رايبًا يوجد مثله في السمن فلا يُعد عيبًا، لزمه جميع الثمن، وإن كان يعد عيبًا فإن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

وإن كان رايبًا لا يكون مثله في السمن، فإن شاء أخذه[(٦)] بحصته وإن شاء ترك، وهو نظير ما قال محمد - رحمه الله - في الثمار التي في السلال وفي أسفلها الحشيش: بأن الحشيش إذا كان بقدر ما يوضع في مثله أنه لا خيار له.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: فإن كان بها، وفي م: كان بها.
(٤) في م: قيمة الطست.
(٥) في أ، م: زبدا.
(٦) زاد في م: بجميع الثمن وإن شاء ترك، وإن كان رايبا لا يكون مثله في السمن فإن شاء أخذه.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - في الزبيب يبيعه الرجل فيجد المشتري الطين والمسك[١] فيبيعه الرجل فيجد به[٢] المشتري رصاصًا، فإن[٣] المشتري بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء رده.

وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله -: يرد الرصاص والطين وما أشبه ذلك بحسابه.

وكذلك قال أبو يوسف - رحمه الله - في الرصاص والطين: أنه يرد الرصاص بحسابه، لأن الرصاص ليس من المسك، والطين ليس من الزبيب، فيردهما وأمثالهما بالحساب، فأما السمن يبيعه الرجل فيجد فيه رايبًا يكون ذلك عيبًا فيه، فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء ترك، لأن هذا منه.

وفي الإملاء عن محمد - رحمه الله -: إذا باع الفص دون الفضة، وقطعه يضر بالفص دون الفضة أو يضر بهما[٤]، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الفص بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمته غير ناقص وعلى قيمته ناقصًا ثم يبطل عن المشتري حصة النقصان من الثمن، ويكون المشتري بالخيار إن شاء أخذ الفص بما بقي من الثمن وإن شاء ترك.

قال محمد - رحمه الله -: إذا قال لقصاب[٥]: زن لي من هذا اللحم ثلاثة أرطال بكذا فقطعه ووزنه فللمشتري الخيار، لأن هذا ليس بشيء معلوم، ومعناه: أن مواضع[٦] اللحم تتفاوت وكان له ألا يرضى بهذا.

وإن قال: زن لي من هذا الجنب، أو من هذا الرجل، ثلاثة أرطال بكذا، فوزن له فلا خيار له؛ لأن اللحم من موضع معين من الشاة قل ما يتفاوت، فهو بمنزلة ما لو

---

(١) في أ: المسك.
(٢) في م: فيه.
(٣) في م: وأن.
(٤) في م: بها.
(٥) في م: للقصاب.
(٦) في أ: موضع.

اشترى قفيزًا من صبرة.

ولو قال: زن [ما][(١)] عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم، فهو جائز ولا[(٢)] خيار له.

قال الحاكم أبو الفضل: ذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله - في مثل هذه المسألة مثل ما قاله محمد - رحمه الله -.

وإذا اشترى رمانة [على أنها حامضة فقال بعد الشراء من غير أن يكسرها: إنها حلوة، وقال البائع: حامضة، فالقول قول البائع، لأن الرمانة قد تكون حلوة وقد تكون حامضة، وقد روي في الحلو بخلاف هذا.

فقد روي أن من اشترى من آخر رمانة][(٣)] على أنها حلوة ثم اختلفا فيه، فالقول قول المشتري، وعلى البائع أن يوفيه شرطه، والمسألتان في بيوع المنتقى.

إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: اشترى من آخر بيتًا من بر فإذا فيه دكان عظيم.

أو باع بئرًا من بر، وقال: إنه كذا كذا ذراعًا، فإذا هو أقل من ذلك، وقد أكل بعض البر، فنقول: حكم المسألة قبل أكل شيء من البر، [أن][(٤)] للمشتري الخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن [وإن شاء ترك.

وبعد أكل شيء من البر للمشتري أن يرد الباقي ومثل ما أكل ويرجع بجميع الثمن][(٥)].

وروى هشام عن أبي يوسف - رحمه الله - مثل ما روى إبراهيم عن محمد - رحمه الله -.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: لا.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

قال إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: ولو كان طعامًا ما في قفيز، أو في حب، فباعه بعشرة دراهم، فإذا نصفه تبن، قال: يأخذه بنصف الثمن وأشار إلى الفرق، فقال: لأن القفيز والجب وعاء يُكال بهما، ألا ترى [أن من قال لغيره](١): بعت [منك](٢) ملء هذا القفيز أو(٣) ملء هذا الجب، يجوز، والبيت والبئر مما لا يكال بهما(٤).

اشترى حبة لؤلؤة وشرط لها وزنًا وتقابضا ثم وجدها ناقصة وقد استهلكها، قال: لا يرجع عليه بشيء في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله -، ولكنه استقبح ذلك وترك قياسه فيه، لأن نقصان اللؤلؤة يحط من الثمن شيئًا كثيرًا، وجعل له أن يرجع بالنقصان.

وفي باب الإجارة في آخر كتاب الصرف: إذا باع لؤلؤة على أنها مثقال، فإذا فيها مثقالان، فالزيادة تسلم للمشتري بغير ثمن؛ لأن الوزن فيما يضره التبعيض بمنزلة الوصف، وقد ذكر أبو يوسف - رحمه الله - في الإملاء عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن البيع فاسد في هذه الصورة.

إذا اشترى بستانًا فيه نخل وشجر وشرط له أنه عشرة أجربة وقبضه بغير مساحة وأكل ثمره سنين ثم وجده تسعة أجربة، لم يرد ولم يرجع بشيء في قياس قول(٥) أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعن محمد - رحمه الله -: فيمن اشترى أرضًا فيها نخل وكرم على أنها عشرة أجربة مثل حالها [وقبضه بغير مساحة](٦) فأكل ثمرها سنين ثم تبين أنها خمسة

---

(١) سقط في أ، م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: و.
(٤) زاد في م: ولا يشترى بهما.
(٥) في أ: محمد.
(٦) سقط في م.

أجربة، قال: تقوم هذه الأرض وهي خمسة أجربة بكم تساوي، ولو كانت عشرة أجربة في مثل حالها بكم تساوي، فيرجع بفضل ما بينهما.

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: رجل اشترى من آخر جارية على أنها عذراء وقبضها وماتت في يده، ثم علم أنها لم تكن عذراء، لا يرجع على البائع [بشيء][١] سواء كان ذلك ينقصها أو لا ينقصها.

وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه يرجع بقدر نقصانها.

وإذا اشترى أرضًا بحقوقها وشربها وللبائع أراض[٢] مثلها، فإنه يقسم الشرب بينهم بالحصص، فإن لم [يكن][٣] يكفي هذه الأرض ما يصيبها فللمشتري الخيار، إن شاء رد وإن شاء أخذ، هكذا ذكر في المنتقى.

وفيه [-أيضًا-][٤]: إذا اشترى من آخر حنطة واكتال بعضها فرأى في البقية [اختلاطًا وتبنا][٥] إلا أنه ينقص ذلك من الثمن.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: هو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه، وإن كان[٦] استهلك منها شيئًا لم يكن له أن يرد.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا اشترى خمسمائة قفيز حنطة فوجد فيها ترابًا، [فإن كان التراب][٧] مثل ما يكون في الحنطة ولا يعده الناس عيبًا، ليس له أن يرد ولا يرجع بنقصان العيب.

وإن كان التراب مثل ما [لا][٨] يكون فيه ويعده الناس عيبًا، كان له أن يرد كل

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: أراضي.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: اختلالها ولبنا.
(٦) في أ: شاء.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.

الحنطة مع التراب، فإن ميز التراب عن الحنطة، فإن أمكنه أن يرد كلها على البائع بذلك الكيل، أو خلط البعض بالخلط فله الرد.

وإن كان لا يمكنه ذلك بأن انتقص بالتبقية[١] ليس له الرد، وكذا الجواب فيما نظير الحنطة.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: في رجل اشترى من آخر ثوبًا ثم جاء يرده، وقال: اشتريته على أنه هروي وليس بهروي، وقال البائع: لم أشترط شيئًا، فالقول قول البائع، لأن المشتري قد أقر بالبيع ولا يصدق على ما يرد[٢] به البيع.

وكذلك لو اشترى دهنًا في إناء بعينه ثم جاء يرده، وقال: اشتريته على أنه هروي[٣] وهو ينفسخ، وقال البائع: لم أشترط شيئًا، فالقول قول البائع.

وكذلك إذا اشترى من آخر ثوبًا بعشرة وقبضه ثم قال المشتري: اشتريته على أنه عشرة أذرع، وهو سبعة، وقال البائع: لم أشترط شيئًا، فالقول قول البائع.

رجل اشترى أرضًا بشربها، فإذا لا شرب لها، فأراد المشتري أن يأخذ الأرض بحصتها ويرجع على البائع بحصة الشرب من الثمن، فإن له ذلك.

وإذا باع شجرة بأصلها وفي قلعها ضرر على البائع، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ ما فوق الأرض منها بقيمته، وإن شاء ترك.

وعن محمد - رحمه الله - قال: للبائع ألا يسلمها، فإن قلعها المشتري ضمنها[٤]، والله أعلم.

* * *

(١) في م: بالبقية.
(٢) في أ: يدعي.
(٣) في أ: حبري.
(٤) زاد في م: لها.

نوع آخر: فيما إذا حصل الكيل[١] أو الذرع أو العدّ:

إذا اشترى الطعام مكايلة وباعه من غيره مجازفة قبل أن يكيله، هل يجوز؟

ظاهر ما أطلق محمد - رحمه الله - في الأصل يدل على أنه لا يجوز.

وذكر ابن رستم في نوادره: أنه إذا باعه مجازفة قبل أن يكيله جاز، ولو باعه مكايلة[٢] لا يجوز، فصار في المسألة روايتان:

وجه رواية ابن رستم: أن القدر كما هو معقود عليه، والعين المشار إليه - أيضًا - معقود عليه فمتى باعه مجازفة فقد باع العين [دون القدر، والعين][٣] مقبوض فصار بائعا، ما تمّ قبضه فيه، ومتى باعه مكايلة فقد باع القدر مع العين، والقدر غير مقبوض قبل الكيل.

وجه ما ذكر في الأصل: أن القدر معقود عليه، والعين معقود عليه، وأحدهما مما [لا][٤] يختار عن الآخر، لأن القدر صفة للعين، لأنه لا يوجد بدونه، فإذا باع مجازفة فقد باع مقبوضًا وغير مقبوض، لأن العين الذي اشتراه مقبوض، والقدر ليس بمقبوض، فقد باع مقبوضًا وغير مقبوض صفقة واحدة فلا يجوز البيع في الكل.

وقد ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير خلافًا في هذا الفصل بين أبي يوسف [ومحمد][٥]، فقال على قول أبي يوسف: لا يبيعه حتى يكتاله[٦] لنفسه.

وعلى قول محمد - رحمه الله -: يبيعه من غير أن يكتال لنفسه.

---

(١) في أ: البيع.
(٢) زاد في م: قبل أن يكيله.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: يكتال.

وقد اختلف المشايخ في فصل، وهو ما إذا اشترى طعامًا مكايلة، وكاله البائع بحضرة المشتري وسلمه إليه.

فمنهم من قال: ليس للمشتري أن يكتفي بذلك الكيل، ويكيل مرة أخرى.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: الأصح أنه[١] يكتفي بذلك الكيل.

وكل جواب عرفته في المكيلات على الترتيب الذي ذكرنا فهو الجواب في الموزونات[٢].

أما الكلام في الذرعيات: إذا اشترى من آخر ثوبًا على أنه عشرة أذرع كان له أن يبيعه وأن يتصرف فيه قبل الذرع؛ [لأن الذرع][٣] في الذرعيات متى لم يجعل بإزائه ثمن يسلك به مسلك الأوصاف، حتى لا يقسم الثمن على عدد الذرعان[٤]، حتى لو وجده أحد عشر في مسألتنا، فالزيادة تسلم له، ولو وجده أنقص منه، لا يسقط شيء من الثمن، لكن يخير المشتري، كما لو اشترى ثوبًا على أنه صفيق فوجده رقيقًا.

وإن سلك به مسلك الصفة لم يصر الذرع معقودًا عليه، وكان المعقود عليه الثوب المشار إليه، وإنه يتعين من غير ذرع، فكان بمنزلة ما لو اشترى حنطة مجازفة على أنها جيدة وقبضها قبل أن يعلم بأنها جيدة فإن كانت في الجوالق[٥] وتصرف فيها وهناك التصرف منه جائز كذا هاهنا.

وأما الكلام في العدديات: إذا اشترى من آخر عدديًّا بشرط العد [هل يجب إعادة العد][٦] ؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتب الظاهرة.

---

(١) زاد في أ، م: لا.
(٢) في أ، م: الوزنيات.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: الذرعيات.
(٥) في م: الجواليق.
(٦) سقط في م.

[قالوا][(١)]: وقد ذكر الكرخي - رحمه الله -: على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - يشترط إعادة العد لإباحة[(٢)] التصرفات إلحاقًا للعدديات بالوزنيات.

وعلى قولهما: لا يشترط إلحاق العدديات بالذرعيات.

وفي شرح القدوري: وأما العدديات[(٣)] فيجب إعادة العد فيها في رواية، وفي رواية: لا يجب، وصحح القدوري هذه الرواية؛ لأن العد في العدديات بمنزلة الذرع في المذروعات، ألا ترى أن الربا لا يجري بين العدديات كما لا يجري بين المذروعات.

ثم في المذروعات لا تجب إعادة الذرع، فكذا في المعدودات لا تجب إعادة العد.

وفي القدوري: في باب بيع المبيع قبل القبض إذا اشترى طعامًا مكايلة أو موازنة شراء فاسدًا وقبض بغير كيل، ثم باعه وقبضه المشتري، فالبيع الثاني جائز، وإنما يعتبر إعادة الكيل في البيعين الصحيحين.

وهذا لأن إعادة الكيل إنما تعتبر في الكيلين الصحيحين؛ لأن المستحق القدر المذكور، ويتصور التفاوت بين المذكور والموجود، فيعتبر إعادة الكيل؛ لإزالة ذلك الوهم احتياطًا.

---

(١) سقط في م.

(٢) الإباحة لغة: من البوح، وهو ظهور الشيء، وباح الشيء: ظهر، وباح به بوحا، وبؤوحا، وبؤوحة: أظهره، وباح ما كتمت، وباح به صاحبه، وباح بسره: أظهره، ويقال: رجل بؤوح بما في صدره، وبيحان بما في صدره، وإباحة الشيء: إحلاله له، يقال: أبحتك الشيء: أحللته لك، والمباح ضد المحظور، وأباح الرجل ماله: أذن في الأخذ والترك، وجعله مطلق الطرفين.

ينظر: لسان العرب (١/ ٥٣٤)، مختار الصحاح، ص (٤٣)، المصباح المنير، ص (٢٦)، المعجم الوسيط (١/ ٧٥)، القاموس المحيط، ص (٧٢٤)، معجم مقاييس اللغة، ص (٨٨).

(٣) في م: المعدودات.

وهذا المعنى لا يوجد في البيع الفاسد، فإن الملك في البيع الفاسد إنما يثبت بالقبض، فصار المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور في البيع، ولا يتصور التفاوت بين المستحق والموجود، والله أعلم.

❋ ❋ ❋

فهرس المحتويات

تتمة كتاب الوقف

كتاب الهبة

كتاب البيوع

❊ ❊ ❊